Bibl. Mont.
5107

<36609078070018

<36609078070018

Bayer. Staatsbibliothek

5107 Bibl.Mont

Ueber die Appellation in Criminal-Sachen

von

Dr. G. M. Weber
Director des Kurfürstl. Hofgerichtes
zu Bamberg.

Würzburg und Bamberg,
bey Joseph Anton Göbhardt
1805.

Jam vero illud ſtultisſimum exiſtimo, omnia juſta eſſe, quae ſcita ſint in populorum inſtitutis aut legibus.

M. T. Cicero.

Bayerische
Staatsbibliothek
München

Vorrede.

Ich habe nur wenig über diese Abhandlung dem Publicum zu sagen. Sie war der Abschied, den ich von der Universität nahm, und erschien im J. 1803. unter dem Titel: „De appellatione in caussis criminalibus.“ Ungern und nur auf Ersuchen einiger Freunde entschloß ich mich zu ihrer teutschen Umarbeitung, da sie sich ihres lateinischen Gewandes keineswegs zu schämen hatte,

und

und wer ein in der Sprache der Gelehrten geschriebenes Werk nicht lesen will, dasselbe lieber gar nicht lesen soll. Indessen war es mir darum zu thun, über diesen Gegenstand alle nur immer mögliche Sensation und das Interesse des Publicums im allgemeinen zu erregen. Dieß schien mir, bis ich die Sammlung meiner einzelnen lateinischen Abhandlungen herausgebe, zu lange zu dauern, und da die lateinische Dissertation als solche nur unter wenigen vertheilt wurde, und nicht in den Buchhandel kam, und eine einzelne lateinische Schrift, was für die Abnahme der Cultur der lateinischen Sprache zeuget, nicht so leicht in den Buchhandel gebracht werden kann, so über-

gab

gab ich dieselbe dem Publicum in dieser teutschen Umkleidung. Es wird mir sehr angenehm seyn, wenn die gelehrten Blätter, wie es schon in einigen bey der lateinischen Abhandlung geschehen ist, dieselbe gehörig beurtheilen, und die Gesetzgeber den Gegenstand einer näheren Beherzigung würdigen möchten. Ich habe mich in dieser Abhandlung öfters eines starken und nachdrücklichen Tones bedienet, aber bey allem dem wird man die ruhige Prüfung der Sache keineswegs vermissen. Auffallende Mißbräuche können nie zu nachdrucksam gerügt werden, und wer bey dem Interesse der Menschheit kalt ist, den muß man in die Schule der Menschlichkeit schicken. Die einge-

schalteten Bemerkungen in Rücksicht der Lehre der Nichtigkeit betrachten die Sache blos, wie sie nach den gegenwärtigen Gesetzen zu betrachten ist. In wie ferne bey einer künftigen Gesetzgebung darauf könne Rücksicht gemacht werden, darüber werde ich vielleicht an einem schicklicheren Orte meine Meinung sagen. Bamberg am 8ten April 1805.

Inhalt.

Inhalt.

Einleitung §. 1.

I. Inhalt gegenwärtiger Abhandlung §. 2.

A. Gesetze, welche von der Appellation in Kriminalsachen handeln. §. 3.

a. Fremde, angenommene

α. Römische §. 2.

β. Canonische §. 5.

b. Einheimische

α. Aeltere §. 6.

β. Reichsgesetze

αα. Peinliche Halsgerichtsordnung
ββ. Reichsabschied v. J. 1530.
γγ. Reichskammergerichts-Ordnung v. J. 1555.
} §. 7.

γ. Landesgesetze. §. 8.

c. Frankreichs neuestes Gesetzbuch §. 9.

B. Gemeine Meinung. §. 10.

C. Schriftsteller. §. 11.

II. Meinung des Verfassers, wodurch die Appellation in Criminalsachen behauptet wird. §. 12.

III. Beweise.

A. Zwischen Civil- und Criminalprozeß ist kein Unterschied. §. 13.

B. Gegentheilige Gründe

a. Hugo's. §. 14.

b. Karpzov's. §. 15.

c. Wernher's. §. 16.

C. Widerlegung

a. Hugo's §. 17.

b.

b. Karpzov's §. 18.

c. Puffendorf's §. 19.

d. Wernher's. §. 20.

D. Das von dem Unterschiede

a. zwischen dem accusatorischen und inquisitorischen Prozesse, §. 21.

b. zwischen Personen höheren und geringeren Standes, §. 22.

c. zwischen Ober- und Untergerichten, §. 23.

d. zwischen Stadt- Patrimonial- und landesherrlichen Gerichten §. 24.

entnommene Argument hat keinen festen Grund.

E. Das Mittel der Vertheidigung ist ein weit unsichereres Mittel.

a. Es ist hier immer der nämliche Richter, §. 25.

b. der durch die zugefügte Beschwerden bereits verdächtig ist. §. 26.

c. Beyspiel der daraus zu befürchtenden Gefahr. §. 27.

d. Be-

d. Bemerkung gegen Kleinschrod. §. 28.

e. Ob eine weitere Vertheidigung zuläßig sey, hängt selbst von dem beschwerenden Richter ab. §. 29.

F. Die Supplication an den Regenten ist kein Rechtsmittel. §. 30.

G. Nichtigkeitsklage. §. 31.

a. Allgemeine Theorie derselben

α. Gesetze.

αα. Römische. §. 32.

ββ. Reichsgesetze. §. 43.

β. Gönner's Theorie.

αα. Allgemeine. §. 34.

ββ. Besondere Einwürfe desselben in Rücksicht der Urtheile gegen klare Gesetze, (jus in thesi) und falsche Anwerdung derselben, (jus in hypothesi) §. 35.

γ. Bemerkungen

αα. Gegen die Gönner'sche Theorie im Allgemeinen. §. 36.

ββ. Gegen dessen Einwürfe. §. 37.

b. Von

b. Von der Nichtigkeit in peinlichen Sachen insbesondere.

α. Nichtigkeiten. §. 38.

β. Wirkungen derselben. §. 39.

c. Durch die Nichtigkeitsklage ist dem Verurtheilten wenig geholfen. §. 40.

G. Widerlegung der noch übrigen Argumente der Gegner. §. 41.

a. Analogie des Reichskammergerichts. §. 42.

b. Uralte Gewohntheit. §. 43.

IV. Ausnahmen, in welchen die Berufung in peinlichen Sachen hinwegfällt. §. 44.

V. Weiters zu erörternde Fragen. §. 45.

1. Von welchem Urtheile. §. 46.

2. Zu welcher Zeit. §. 47.

3. Von wem zu appelliren? §. 48.

4. Ob bey eingelegter Appellation das mildere Urtheil geschärfet werden könne. §. 49.

5. Wie

5. Wie viele Instanzen anzunehmen seyen. §. 50.

6. Welchem Gerichte das Erkenntniß in der Appellations-Instanz zu übertragen sey? §. 51.

7. Von den Strafen der Richter, welche der Appellation in peinlichen Sachen nicht deferirten, nach römischem Rechte. §. 52.

VI. Schluß. §. 53.

---

§. 1.

---

§. 1.

Eines der ungereimtesten und auffallendsten Dinge in der peinlichen Rechtsgelehrtheit ist unstreitig die Lehre der Inappellabilität in Criminal-Sachen. Es läßt sich gar kein vernünftiger Grund denken, warum in Civil-Sachen von unbedeutenden funfzig oder hundert Gulden gegen das beschwerende Urtheil des Richters appellirt werde könne, in peinlichen Sachen hingegen, wo das ganze Vermögen, Ehre, Freyheit und Leben des Staatsbürgers auf dem Spiele steht, kein Rechtsmittel gegen das beschwerende Urtheil des unwissenden, leichtsinnigen, partheylichen, ungerechten Richters Statt habe; und doch finden wir (so groß ist die Inkonsequenz der Gesetze, die Barbarey der Criminal-Justiz, der Unsinn und die Tyranney der Praxis) diese ungereimte Lehre in den meisten Provinzial-Gesetzen verordnet, und beynahe in allen Compendien der Rechtslehrer als unbezweifelte juristische Wahrheit aufgestellt. Bey den großen Fortschritten, welche die peinliche Gesetzgebung durch den unverkennbaren Einfluß der Philosophie in den neueren Zeiten gewonnen hat, ist es daher nicht genug zu bewundern,

wie leichtsinnig man über diesen wichtigen Gegenstand hinwegging, den Streit, den der alte Oldekop 1), schon über hundert Jahre in den Zeiten, wo es mit der peinlichen Rechtsgelehrtheit noch ziemlich barbarisch aussah, mit eben so vieler Hitze als Menschlichkeit gegen Carpzov geführt hatte, ganz vergessen, und der alten Barbarey wieder gehuldigt hatte. Wenn Oldekop's Meinung auch die strenge juristische Prüfung nicht aushalten, d. i. mit den Gesetzen und Gewohnheiten mancher Länder nicht übereinstimmen sollte, so hätte sich wenigstens die Gesetzgebung für die gesunde Vernunft und Menschlichkeit erklären, und jeder Schriftsteller und Mann von Einfluß sich dahin vereinigen sollen, die Rechte des Bürgers durch Einführung der Appellation in Criminal-Sachen zu sichern. Selbst in dem neuesten Entwurfe eines peinlichen Gesetzbuches für die Curpfalzbaierischen Staaten findet man die Lehre der Inappellabilität in Criminal-Sachen aufs neue proklamirt, und als Gesetz vorgeschlagen 2).

§. 2.

---

1) Contra Dn Benedictum Carpzovium IC. tractatus duo Justi Oldekops Icti, primus de appellatione in caussis criminalibus, alter decades quinque quaestionum ad processum criminalem necessariarum. Bremae 1691.

2) Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die Kurpfalzbaierischen Staaten verfaßt von Gallus Aloys Kleinschrod. München 1802. IIter Theil, 2te Abtheilung 7tes Kapitel, §. 2739. S. 428.

§. 2.

Auf eine neue Gesetzgebung ist auch hauptsächlich die Absicht dieser Abhandlung gerichtet, und es sollen daher die Gesetze, welche von der Appellation in peinlichen Sachen handeln, zusammengestellt, der Ungrund der entgegen gesetzten Lehre gezeigt, die Gründe der Schriftsteller geprüft, ihre Meinung ad absurdum geführt, und die Rechte der Bürger gegen Versehen, Unwissenheit und Ungerechtigkeit der Richter gesichert werden. Es gibt gewisse Wahrheiten, die man nicht oft und stark genug sagen kann, und die blos dadurch die allgemeine Aufmerksamkeit und den bleibenden Eindruck bewirken, welcher ein so nothwendiges Erforderniß zu den großen und schnellen Fortschritten der Wahrheit ist.

§. 3.

Was die Gesetze betrifft, so müssen wir die fremden Gesetze, deren wir uns in Teutschland bedienen, und unsere einheimischen Gesetze, das römische und päbstliche Recht, die peinliche Halsgerichtsordnung und die Reichsgesetze betrachten. Ich werde 3) einige nicht alle Landesgesetze anführen, da es mir mehr darum zu thun ist, zu zeigen, was constituirt werden sollte, als was constituirt sey.

3) Wernher Diss. de appellatione in caussis criminalibus ex juribus Romano, Canonico, Germanico Vitembergae 1739.

§. 4.

Das römische Recht stellet die Appellation in Criminal-Sachen als Regel auf, und machet von dieser Regel mehrere Ausnahmen. Schon unter den Königen liefert uns die römische Geschichte ein Beyspiel dieser Appellation in dem Sieger der Curatier. Einer dieser Curatier war mit Horatius Schwester verlobt, triumphirend zog Haratius in die Stadt bedeckt mit dem Rocke, den die Schwester für ihren Bräutigam gewebt hatte. Bey diesem Anblicke zerfloß das Mädchen in Thränen. Der Bruder ergrimmte, bey der allgemeinen Freude die Thränen der Braut zu sehen, und durchstach die Schwester mit dem Schwerte, mit welchem er ihren Bräutigam erschlagen hatte. König Tullus ernannte die Richter über den Schwestermord zu richten. Horatius wurde für schuldig erklärt, und der Lictor zur Vollziehung der Strafe herbeygerufen. Auf Tullus Anrathen appellirte Horatius an das Volk, das ihn mehr wegen seiner bewiesenen Tapferkeit, als wegen der Rechtmäßigkeit seiner Handlung freysprach 4). Dieses Beyspiel scheint aber mehr eine Begünstigung des Volkes, als eine wahre und

4) Livius Hist. Lib. I. C. 16. Duumviri perduellionem judicent. Si a duumviris provocarit, provocatione certato: Si vincent, caput obnubito: infelici arbori reste suspendito: verberato intra pomoerium vel extra pomoerium.

und eigentliche Appellation gewesen zu seyn, indem erst in der Folge der Zeit durch das Valerische Gesetz die Appellation an das Volk eingeführet wurde. Vermöge dieses Gesetzes konnte kein peinliches Urtheil in Vollzug gebracht werden, wenn dagegen der Verurtheilte an das Volk appellirt hatte. Ehe das Volk über diese Berufung in der Versammlung entschieden hatte, war Leib und Leben, wie uns Livius und Dionys von Halikarnas berichten, dem Angeschuldigten sicher, und der, welcher sich dagegen vergriff, konnte ungestraft von Jedem getödtet werden 5). So sehr sich Publius Valerius dem Volke durch dieses Gesetz beliebt machte, so sehr mißfiel es dem römischen Senate. Es mußte daher in der Folge zweymahl wieder in Vorschlag gebracht und erneuert werden 6). Nach den neuerem Rechte

---

5) Dionys. Halicar. Antiq. Rom. L. 5. p. 334. Edit. Sylburgii. Ποπλίȣ, Οὐαλεȡίȣ, τȣ κληθέντοσ ποπλικόλα νομοσ περὶ ȣ̓ κατ᾽ ἀρχὰσ ἐφην, ὅτί τὰσ των ὑπατων γνώμασ ἀκύρȣσ ἐποιησε, μὴ τιμωρεῖσθαί τινα πρὸ δίκησ, ἐπιτρέψασ τοῖσ ἀγομενοισ ἐπι τὰσ κολασεισ „ὑπ᾽ ἀυτων, προκαλεῖσθαι, ἐπι την διάγνωσιν“ τον δημον, και ἑωσ ἀν ἡ πληθὺς ἐνεγκη ψηφίζȣσα ὑπέρ αὐτῶν. σώματι και βίοισ το ασφαλεσ ἔχειν. Τὸν δε παρὰ ταῦτὰ τὶ ποειν, ἐπιχειροῦντα νηποινὶ τεθνᾶναι κελεύων.

6) Heineccius in synt. antiquit. Rom. append. Lib. I. C. 1. §. 27.

Rechte 7) konnte der unterliegende Theil sowohl in Civil- als Criminalsachen appelliren. Die nämliche Befugniß stand auch dem Ankläger zu, dem wegen Einschreibung seines Namens am meisten an der Verdammung des Angeklagten gelegen war. Aus Menschlichkeit ließen die Gesetze einen jeden aus dem Volke für den Angeklagten appelliren. Die Vollziehung des Urtheils wurde sogar bey dem, der dem Tode entgegen eilte, durch eingelegte Appellation eines dritten aufgeschoben, auch konnte dieser Rechtswohlthat keiner vor dem gefällten Urtheile entsagen 8). Unwürdig der Appellation hielt das Gesetz

---

7) Mathaei de criminibus ad lib. XLVII. et XLVIII. dig. Commentarius. Antwerpiae MDCCLXI. Edit. V. lib. XLVII. Tit. XVII. Cap. V. n. 1 — 10. pag. 574. et seq.

8) *L.* 6. *D. de appell.* (XLIX. 1.) Ulpianus. Non tantum ei, qui ad Supplicium ducitur, provocare permittitur; verum alii quoque nomine ejus, non tantum si ille mandaverit, verum quiquis alius provocare voluerit: neque distinguitur, vtrum necessarius ejus sit, nec ne: *credo enim humanitatis ratione omnem provocationem audiri debere:* ergo etsi ipse adquiescit sententiae, nec quaerimus, cujus intersit. Quid ergo, si resistat, qui damnatus est, adversus provocationem? Nec velit admitti *ejus appellationem, perire festinans?* Adhuc putem differendum supplicium. *L.* 29. *C. de appell.* (VII. 62.) Arcad. et Honor. Addictos

Gesetz blos die, deren schleunige Bestrafung die Wohlfahrt des Staates erheischte, worunter berühmte Räuber, Aufruhrstifter, Faktionshäupter, ja sogar, wenn die Vollziehung der Strafe nicht ohne Gefahr aufgeschoben werden konnte, Hochverräther

---

dictos supplicio et pro criminum immanitate damnatos, nulli per vim, atque vsurpationem vindicari liceat ac tenere: quibus in causa criminali humanitatis consideratione, si tempora suffragantur, interponendae provocationis copiam non negamus: vt ibi *diligentius* examinetur, vbi *contra hominis salutem per errorem vel gratiam cognitionis oppressa putatur esse justitia:* ea conditione, ut, si Proconsul vel Comes Orientis vel (Praefectus) Augustalis, vel Vicarii fuerint cognitores, non tam ad clementiam nostram quam ad amplissimas potestates sciant esse referendum. Eorum enim de his plenum volumus esse judicium, qui, (si ita res est, et crimen exegerit) rectius possint punire damnatos. Conf. *L.* 1. *D. ∬. ult. Nihil innovari appellatione interposita* (XLIX. 7.) „Ulpianus" Siquis ex pluribus facinoribus condemnatus, propter quaedam appellauit, propter quaedam non: vtrum differenda poena ejus sit, an non, quaeritur? Et si quidem graviora sint crimina, ob quae appellatio interposita est, levius autem id, propter quod non appellauit: recipienda est omni modo appellatio et differenda poena. Si vero graviorem sententiam meruit ex ea specie, ex qua non est appellatum: omni modo poena imponenda est.

räther gerechnet wurden 9). Constantinus und Constanz setzten unter die nämliche Kategorie Mörder,

9) *L.* 16. *D. de appell.* (XLIX. 1.) Modestinus] Constitutiones, quae de recipiendis, nec non appellationibus loquuntur, vt nihil novi fiat, locum non habent in eorum persona, quos damnatos statim puniri publice interest, vt sunt insignes latrones, vel seditionum concitatores, vel duces factionum.

L. 6. §. 9. *D. de injusto, rupt. irrit. facto testam.* (XXVIII. 3.) Ulpianus. Quid tamen, si appellationem ejus praeses non recepit, sed Imperatori rescribendo poenam remoratus est? Puto hunc quoque suum statum interim retinere, nec testamentum irritum fieri: nam (vt est oratione D. Marci expressum) tametsi provocantis, vel ejus, pro quo provocatur appellatio non recipiatur, poena tamen sustinenda est, quoad princeps rescripserit ad literas praesidis, et libellum rei cum literis missum: nisi forte latro manifestus vel seditio praerupta, factioque cruenta, vel alia causa, quam mox praeses literis excusauit, moram non recipiant, *non poenae festinatione, sed praeveniendi* periculum causa: tunc enim punire permittitur, deinde scribere.

L. 86. §. 1. *D. de adquir. vel amit. haered.* (XXIX. 2.) Papinianus: Rei perduellionis haereditatem, suspensa cognitione, filius emancipatur, cui de patris innocentia liquet, adire potest.

L. 15. *et* 16. *C. Theod. de poenis*

Mörder, Giftmischer, Zauberer, Ehebrecher, Münzverfälscher, und diejenigen, welche offenbare Gewalt begangen hatten, wenn sie gesetzlich überzeugt waren, und das Verbrechen ohne Schrecken der Tortur einbekannt hatten. Hieher kamen auch diejenigen, welche sich einer fremden Sache gewaltthätig bemächtigten, und der That dergestalt überzeugt, oder auf der Stelle ergriffen waren, daß sie das Verbrechen zu läugnen ausser Stand waren 10). Eben so wurde der Mädchenräuber, welcher des Verbrechen vollkommen überzeugt, obgleich desselben nicht geständig war, wegen der schweren Strafe, welche Constantin auf den Mädchenraub gesetzt hatte,

---

10) *L.* 2. *C. quorum appell. non recip.* (VII. 65.) Constantius et Constans: Observare curabis, ne quis homicidarum, veneficorum, maleficorum, adulterorum, itemque (eorum, qui manifestam violentiam commiserunt) argumentis convictus, testibus superatus, voce etiam propria vitium scelusque confessus audiatur appellans. Sicut enim hoc observari disposuimus: ita aequum est, testibus productis, instrumentisque prolatis, aliisque argumentis praestitis, si sententia contra eum lata sit, et ipse qui condemnatus est, aut minime voce sua confessus sit, aut formidine tormentorum territus, contra se aliquid dixerit, provocandi licentiam ei non denegari. *Conf. L.* 1. *C. de falsa monet.* (IX. 24.).

hatte, der Appellation unwürdig gehalten 11). Auch dem Offiziale, welcher wegen eines Vergehens im Dienste von seinem Richter verurtheilet wurde, war nicht erlaubt, dagegen zu appelliren 12). Von einem interlocutorischen Urtheile konnte man eben so wenig im Criminal- als Civilprozesse appelliren, es wäre denn der Zwischenbescheid von der äußersten Wichtigkeit, und könnte nicht mehr im Endurtheile gut gemacht werden 13). So lesen wir in der Apostel-

11) *L. vn. C. de rapt. virg.* (IX. 13.) *ibi.* Quibus etsi appellare voluerint, nullam damus licentiam, secundum antiquae Constantinianae legis definitionem.

Das Constantinische Gesetz ist in dem Theodosianischen Codex *L.* 1. *C. Theod. de raptor. virg.* enthalten.

12) *L.* 3. *C. Quor. appell. non recip.* (VII. 65.) Valentinianus et Valens: Nulli officialium a sententia proprii judicis provocatio tribuatur: nisi in eo tantum negotio, quod ratione civili super patrimonio forte apud proprium judicem inchoauerit: Scilicet, vt in eo tantum negotio a sententia ejus, cui paret, judicis quisquis velit, officialis appellet: quod per procuratorem etiam persequi jure tribuitur.

13) *L.* 2. *D. de appell. recip.* (XLIX. 5.) ibi Scaevola: Ante sententiam appellari potest, si quaestionem in ciuili negotio habendam judex interlocutus sit: vel in criminali, si contra leges hoc faciat.

Apostelgeschichte, daß Paulus als römischer Bürger von dem Urtheil des Festus appellirte, vermöge welches er nach Jerusalem geschickt, und seinen Feinden ausgeliefert werden sollte 14).

§. 5.

Das päbstliche Recht derogirte den römischen Gesetzen nicht. Daß auch in Criminalsachen Appellation Statt hatte, sagen die deutlichen Worte des Decrets und der Decretalen 15). Sogar war denjenigen zu appelliren erlaubt, gegen welche sich die Geistlichkeit über Beschädigung oder Verwundung beklagten 16). Blos in notorischen Verbrechen, welche durch Evidenz der Sache oder das Bekenntniß des Verbrechers, oder auf irgend eine andere rechtliche Art offenbar da lagen, wurde dieselbe verworfen 17), und das Urtheil der Exkommunikation

14) *Actor.* 25. *v.* 9. *et seqq.*

15) *c.* 20. 31. *C.* 2. *qu.* 6. Liceat etiam in criminalibus caussis appellare: nec appellandi vox denegetur ei, quem supplicio sententia destinauit.

c. 31. *C.* 2. *quib. in fin.* worin man den ganzen §. 1. des L. 1. D. *nihil innovari appellatione interposita* eingeschaltet findet.

16) *C.* 13. *X. de appellat.*

17) *C.* 5. *X. de appell.* §. 2. Praeterea si raptor sit, vel violentus detentor alienae rei, qui appellat; hujusmodi appellatio facta in judicio apud ecclesiasticas personas solet audiri: nisi forte manifestus

fation durch die dagegen eingelegte Appellation nicht suspendirt 18). Die Berufung von dem Papste an das künftige Concilium wurde mit dem Bannstrahle belegt 19). Es wurden keine Procuratoren zugelassen 20), und in bloßen Disciplinarsachen war die Appellation ausgeschlossen 21).

§. 6.

Die Kapitularien der fränkischen Könige sind beynahe in eben diesem Geiste verlaßt, in Civilsachen und geringeren Verbrechen wurde der Vollzug der Strafe durch eingelegte Berufung aufgeschoben, Mörder, Ehebrecher, Giftmischer wurden aber mit ihrer

festus raptor vel fornicator existat, sicut ille, quem absentem et irrequisitum Apostolus excommunicauit.

Man vergleiche *C.* 13. 14. 15. 61. *X. eod.*

18) *C.* 8. *X. de off. jud. vid. C.* 38. *X. de appell. c.* 53. §. 1. *cod. c.* 20. *in fine de sent. excommunicat.*

19) Man sehe die Bulle in coena Domini casu 2. Engel in Collegio jur. can. lib. 2. Tit. 28.

20) *c. pen. C.* 2. *qu.* 6. Cum autem in causa capitali vel status interpellatum fuerit, non per procuratores, sed per se ipsos appellantes causam suam agere oportet.

21) *c.* 12 *et* 13. *X. de off. jud.* m. s. *c.* 3. 26. 31. *X. de appell.*

ihrer Berufung nicht gehört 22). Aufrührer und Faktions-Häupter wurden von den berühmten Vehmgerichten nach Chyträus Zeugniß 23), ohne viele Umstände gerichtet, und nur in 2 Fällen wie Datt 24) zeigt, die Appellation zugelässen. Das Alemannische Recht ließ in Capital-Verbrechen die Berufung, aber nicht mehr, als drey Instanzen zu 25). Das strengere sächsische Recht verwarf sie 26), obgleich mehrere, wie Schilter bemerket

22) *Lib. VII. Cap. XXIX.* In ciuilibus caufis et leuioribus criminibus legibus delatio praeftanda eft: homicidae, adulteri, malefici convicti, fi appellare voluerint, non audiantur.

23) *In Sax. lib.* 3. bey Schottel de fingularibus quibusdam et antiquis in Germania juribus et obfervatis cap. XXIX. p. 565.

24) Datt de pace publica p. 735. in fine.

25) Kap. 138. Von welcher Herrn Hand das Gericht gehet, da mag ein Urthel wohl hinziehen. Die erste Hand des Gerichts ist der König. Die andere Hand des Gerichts das ist der, dem es der König leihet. Die dritte Hand mag nimmer Gericht fürbas leihen, da es den Leuten an ihren Leben gehet oder an ihren Blutvergießen. Wer es darüber thut, der wird schuldig an allen den, über die die vierte Hand richtet.

Kap. 143. An die vierte Hand mag kein Gericht nicht kommen mit Rechte, da man über Blut richtet, oder um alle Frevel.

26) Lib. 2. jur. prov. art. XII. Wird ein Mann gefangen um Ungericht und vor Gericht bracht, er mag (muß)

ket 27), diese Verwerfung der Appellation blos auf notorische Verbrechen einschränken.

§. 7.

In der P. H. G. O. Karls des V., ist über diesen Punkt hohes Stillschweigen. Blos in dem Projekte vom J. 1521. ist dem durch das peinliche Urtheil beschwerten Kläger und Beklagten, mit Ausnahme der Kapitalverbrechen, jedoch erst nach Vollzug des Urtheils erlaubt, Klage bey dem kaiserlichen Reichskammergerichte zu erheben 28), und in dem Projekte vom J. 1529. wird mit Verwerfung

---

(muß) kein Urthel schelten. Reinhard de diff. Jur. civ. Sax. p. 1. diff. 41.. 7.

27) Schilter in append. Exercit. ad D. XLIX. de appell. §. 7.

28) Projekt der peinlichen Halsgerichts-Ordnung vom J. 1521. Art. Item so sich ein Kläger oder Antworter ausserhalb der Straff des Todes, nach Vollziehung anderer Strafe, oder Handlung von peinlicher Sachen wegen geschehen, beschwert vermeinet. Als so er damit durch Richter oder Schöpfen, oder aber derselben Gericht vorgemeldte Obrigkeit, wider den Inhalt, und den rechten Verstand dieser unserer R. O., an Leib, Ehr und Gut verunruhiget, oder verletzet worden sey, der mag fürter dasselbige ohn Mittel an unser K. C. G. klagen. Darauf dann desselbsten unter den Extraordinarii und geflogenen Sachen, fürderlich eigenen und geschehen soll, was recht ist. Und diese

fung der Appellation der sogleich eintretende Vollzug der Strafe verordnet 29). Diese Clausel ist aber in der peinlichen Halsgerichts-Ordnung ausgelassen. Kreß 30) macht hiebey die Bemerkung, daß die Appellation in Criminalsachen nicht im Allgemeinen verbo-

---

diese rechtliche Klage, und was sich derhalb zu Rechten gebühret, soll durch keine vorgehenden Urphede abgeschnitten seyn, oder werden mögen. Wird aber einer vom Leben zum Tod gestraft, und sein Oberherr o. gesipte Freunde vermeinten, daß solches dermassen unbillig geschehen wäre, die mögen darum auch als obstehet an unser K. G. klagen, als solches die Rechte zulassen, damit in solchen Fällen unbillige Beschwerung (davon bis anhero große Klagen entstanden) desto fleißiger verhütet und abgewendet, doch, daß in allwege solche Klage in Jahresfrist angefangen werde. Und damit diese unsere und der Reichsordnung, peinlichen Gericht halben gemacht, an allen Gerichten nicht Mangel sey, soll die in den Druckereyen vielfältig gedruckt, und gehabt werden, damit sich ein jeder, den sie berührt, darnach zu halten und zu richten wisse.

29) Projekt der P. H. G. O. vom J. 1529. Art. Wir wollen auch, daß hinführo von den Urtheilen, so nach Vermöge unserer H. G. O. gesprochen werden, nicht appelliret, oder gewegert, sondern dieselbige in ihrer Kraft bleiben, und ohne einige Appellation vollzogen werden sollen.

30) Krefs Comment. in C. C. C. Art. CCIX. Hannov. 1768. cap. 22. §. 4. et seq.

verbothen, sondern eben dadurch die Sache, um die an vielen Orten hergebrachte Berufung in Criminalsachen nicht zu mißbilligen, ohne Entscheidung gelassen worden. Die Reichsgesetze lassen die Klage der Nichtigkeit in peinlichen Fällen bey den höchsten Reichsgerichten mit Verwerfung des Rechtsmittels der Berufung zu; diese Verordnung findet sich in dem R. A. v. J. 1530. 31) und auf das Neue in der Reichskammergerichts-Ordnung vom Jahre 1555. beståttiget 32).

§. 8.

---

31) R. A. v. J. 1530. §. 95. Item als jetzt etliche Zeither von peinlichen Sachen vielfältig an unser Kammergericht appellirt, auch dieselbe Appellation angenommen, darauf Proceß erkannt und rechtlich gehandelt worden, und solches dem alten hergebrachten Gebrauch im H. Reich zuwider: So setzen und ordnen Wir, daß hinfürter in peinlichen Sachen keine Appellation angenommen, sondern damit nach altem Gebrauch gehandelt werden soll.

32) R. G. O. v. J. 1555. Th. II. Tit. 31. §. 14. Item nachdem auch dem alten hergebrachten Gebrauch im H. Reich zuwider, daß in peinlichen Sachen Appellation zugelassen werden sollen: Ordnen und wollen wir, daß hinfürter in peinlichen Sachen, die Leibstraff auf ihnen tragen, an K. K. G. kein Appellation angenommen, sondern angeregten Gebrauch nach gehalten werde: Doch da sich Jemand an K. G. beklagen würde, daß in peinlichen Sachen, auch Leib-Straff belangend, sein unerfordert und unverhört, und also nichtiglich, oder sonst wider natürliche Vernunft und Billig-

§. 8.

Das Kursächsische 33) und Bayerische Recht 34), verwerfen die Berufung in Criminalsachen. Jedoch

---

Billigkeit, wider ihn procedirt, gehandelt und geurtheilt, und derhalben principaliter auf die Nullität um Prozeß ansuchen würde; Sofern dann der Richter, deß Handlung sich die Parthey obberühmter Massen beklagt, dem Kammergericht ohne Mittel unterworfen, soll alsdann der ansuchenden Partheyen solcher Nichtigkeit halben Ladung erkennt, und darauf rechtliche Hülf mitgetheilt, und so sich in Ausführung der Sache befunde, daß obberührter Massen nichtiglich gehandelt und geurtheilt, alsdann die Hauptsache wieder an die ordentliche Obrigkeit förmlich und rechtmäßiglich darinnen zu handeln zu procediren, und zu urtheilen remittirt werden.
Pütter in Epit. Proc. Imper. §. 178.

33) Vid. Cod. appell. Tit. Wer vor unser Appellationsgrricht geladen u. s. w. §. Und mögen u. s. w. ibi. jedoch allein was bürgerliche Sachen seyn; denn so viel die peinlichen anlanget, weil es bisher nicht gebräuchlich gewesen, daß in unserem Appellationsgerichte in denenselben erkannt, so lassen wir es es dabey bewenden. Conf. die Wittenberger H. G. O. de a. 1588. in C. A. Tom. I. p. 1349.

34) Neue Hofrathsordn. v. J. 1779. Art. III. §. 3. Was einmal hierinnfalls zu Rechte erkannt ist, solle ohne weitere Anfrage auch ohne Gestattung einer Appellation alsofort zur Exekution gebracht werden.

doch will die Verordnung Christians II. 35), die Akten in peinlichen Sachen an den Leipziger Schöpfenstuhl, und wenn derselbe bereits in erster Instanz geurtheilt habe, an ein anderes unverdächtiges Rechtskollegium zum Spruche versendet wissen. Nach Preußischem Rechte hat, wie Klein 36). bezeuget, die Appellation aber nur ein einziges Mahl Statt. In Schwedisch-Pommern und dem Herzogthume Mecklenburg ist dieselbe unzuläßig 37) dagegen wird dieselbe in Hinterpommern zugelassen 38). Das Kurfürstlich-Braunschweigische Recht

---

35) Dreßner Oberappell. G. V. v. J. 1605. Wann peinliche, oder fiskalische Sachen vorfallen, daß man die in Unserm Schöpfenstuel zu Leipzig, oder da in erster Instanz hiebevor daselbst erkannt, an einem andern unverdächtigen Ohrt zu versprechen überschicken müge.

36) Klein Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechtes nebst Bemerkung der Preußischen Gesetze. Halle 1799. §. 574.

37) Engelbrecht obſ. 44. §. 4.

38) H. G. O. Tit. 32. §. 18. ibi. Wann in Criminal- oder peinlichen Sachen, so Leib und Leben betreffen, appellirt, so soll unser Hofgericht dabey gute Vorsichtigkeit gebrauchen, und da die Gravamina nicht sonderbarer Erheblichkeit seyn, die Appellation auch nicht annehmen. Im Falle aber die Sache also befunden, daß Appellations-Prozeß billig zu erkennen, sollen die Originalacten vom Richter erster Instanz abgefordert, und

Recht erlaubt nach Pufendorfs Zeugniß 39) die Appellation von Urtheilen der mit peinlicher Gerichtsbarkeit versehenen Patrimonial- und Königlichen Unterrichter: Die Stadt Lüneburg hat aber das besondere Privilegium, daß von ihren peinlichen Urtheilen keine Appellation Statt hat 40). Nach denselben können die Criminalsachen 41) von der Justizkanzley nicht nur allein gewisser Massen im Wege der Berufung, sondern auch die einfache Klage an das Oberappellationsgericht zu Zelle gebracht werden. — Die Zeller Oberappellationsordnung 42) scheint sich aber mehr an die Praxis der Reichsge-

---

und da man vermeynet, daß recht procediret, die Sache ohne Weitläufigkeit an vorigen Richter wieder verwiesen werden rc.

39) Pufendorf Introd. Proc. Crim. Luneburg. Hannov. 1768. c. XXII. §. 4. et seq.

40) O. G. O. der Stadt Lüneburg. Tit. 25. §. 4. In peinlichen Sachen aber gehet von Alters her aus der Stadt keine Appellation.

41) L. c. §. 7. Cap. IV. §. 24.

42) Kurfürstl. Br. Lün. Oberappell. Ord. P. 2. Tit. 1. §. 2. In criminalibus poenam corporis afflictivam inferentibus haben zwar regulariter keine Appellationes Statt. Nachdem jedoch solche in gewissen Fällen die Reichskonstitutionen zulassen; so lassen wir es auch lediglich dabey bewenden. Damit aber durch eine solche Provocation die Sache nicht aufgehalten. oder in die Länge gezogen werde, ordnen Wir hiemit,

daß,

richte zu halten, und gestattet blos in solchen Fällen die Appellation, welche einen Adelichen, oder solche Personen, die dem Adel gleich gehalten werden, Räthe und dergleichen vornehme Bediente auch graduirte

---

daß, wenn ein Angeklagter oder Inquisit also zu appelliren, oder die Nullitates zu deduciren gemeynet ist, er solches innerhalb der gewöhnlichen Zeit der zehn Tage thun, und zugleich seine vermeynten Gravamina einbringen soll, da dann sofort die in der Sachen ergangene Acta von dem judicio a quo in Originali abgefordert, und dieselbe einem Re- und Correferenten zugestellt werden sollen, welche die gravamina mit den Actis zu conferiren und aufs fleißigste zu erwägen haben. Sollte denn nicht sofort darauf ohnedem eine Diät seyn, muß das Gericht förderlich zusammenkommen, und der Re- und Correferent aus der Sache referiren, sodann jeder des Gerichts seine Meinung darauf zu eröffnen hat, und da die gravamina unerheblich befunden werden, selbige mittelst Ablassung gehöriger Mandatorum und ebenmäßiger Remission der Acten an das judicium prioris instantiae, darinnen selbigem vorzuschreiben, wie es in der Sache zu procediren habe, abstellen. Sollten jedannoch auch aus denen Actis beym judicio a quo dergleichen Passionen, oder auch sonsten bewegende Ursachen, warum bey solchem die Sache nicht zulassen, erhellen, so stehet, wenn zumal das judicium auf beschehene Erinnerung die Beschwerde nicht abstellen würde, Unserem Oberappellationsgerichte frey, die Acta bey sich zu behalten, und den Prozeß zu vollenführen.

duirte Personen betreffen 43). Die Bamberger neue peinliche Gesetzgebung verwirft zwar die eigentliche Berufung, erlaubt aber die vom Unterrichter zugefügte Beschwerde an das Obergericht zu bringen 44). In den Oesterreichischen Ländern gibt es zwar Appellations- und Criminal-Obergerichte, an welche die Criminalurtheile von dem Unterrichter zur Bestättigung eingeschickt werden müssen, aber keine eigentliche Berufung. Die Obergerichte bestättigen oder reformiren das eingeschickte Urtheil, wovon die Untersuchungssache gegen den Grafen

Monte

43) Ibid. tit. 1. §. 2. Sollten auch Edelleute, oder die denen in den Reichsconstitutionen äquiparirt werden, als Räthe, und dergleichen vornehme Bediente, auch graduirte Personen das Unglück haben, in Criminal-Verbrechen zu fallen, oder derentwegen angeklagt zu werden; so erstatten Wir selben hiemit, bey Unserem Oberappellationsgericht Revisionem der bey Unsern Justizkanzleyen und anderen Gerichten ergangenen Acten zu suchen, darauf denn sofort die Acta von den Kanzleyen und Gerichten abgefodert, solche von dem Prä- oder Vizepräsidenten einem Re- oder Correferenten zur fleißigen Nachsehung zugestellet, und von selbem bey nächster Diät, oder wenn sie sobald nicht seyn sollte, bey einer extraordinären Zusammenkunft davon referirt werden solle.

44) Entwurf zu einer Bambergischen peinlichen Gesetzgebung verfasset von M. Pflaum. Bamberg 1792. Th. III. Abschn. XII. §. 62.

Monte al Banco ein neueres Beyspiel enthält 45).

§. 9.

In Frankreich sind besondere Cassationstribunale errichtet. Das Französische peinliche Gesetzbuch enthält einen eigenen Titel von der Aufhebung peinlicher Urtheile, und gibt sechs Fälle an, wo die Aufhebung peinlicher Urtheile eintritt. Das Cassationsgericht kann die Urtheile der Criminalgerichte nur in folgenden Fällen als nichtig erklären:

Erstens

45) Denenselben wird auf den über das Gesuch des Georg Friederich Grafen Monte al Banko, um Aufhebung der wider ihn am 10ten Sept. v. J. geschopften Urtheils sub pro deto 20ten dieses erstatteten Bericht, wovon die Beylagen sowohl, als die sämmtlichen Untersuchungsakten zurückfolgen, anmit bedeutet. Das K. K. O. Appellations- und Criminalobergericht haben das magistratische Urtheil vom 10. September 1800. im Wege Rechtens dahin abzuändern befunden, daß der Untersuchte von dem ihm angeschuldigten Verbrechen des Truges losgesprochen, und als vollkommen unschuldig erklärt werde, auch die Verpflegskosten nicht er, sondern der Hr. Freyherr von Braun zu ersetzen habe. Ex celſ. Reg. conſ. App. inſ. Aug.

Wien den 1. Sept. 1801.

Anton Ritter von Elberfeld
Peregrin. Baader.

Erstens wenn eine falsche Anwendung der peinlichen Gesetze gemacht; zweytens die von dem Gesetze unter der Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen Formen überschritten oder unterlassen worden sind; drittens wenn der Angeklagte oder der Commissär der vollziehenden Gewalt die Beobachtung irgend einer Formalität, welche das Gesetz nicht unter der Strafe der Nichtigkeit gebiethet, verlangt hat, und diese Formalität nicht beobachtet wurde; Viertens wenn das peinliche Gericht auf irgend einen Antrag des Angeklagten oder des Commissärs der vollziehenden Gewalt keine Entschließung gefaßt; Fünftens wenn das peinliche Gericht in den Fällen, wo es das Recht dazu hat, die von den Gesetzen festgesetzten Nichtigkeiten nicht ausgesprochen hat; Sechstens, wenn die von den Gesetzen in Absicht auf das Erkenntniß über das Verbrechen oder der Ausübung der verschiedenen auf das peinliche Verfahren sich beziehenden Funktionen vorgeschriebenen Regeln in Absicht der Competenz nicht beobachtet worden sind, oder sonst ein Eingriff in irgend eine andere Gewalt geschehen ist 46).

§. 10.

---

46) *Code des délits et des Peines II. Edit. Paris An. VI. Tom. I. Tit. VIII. de la cassation des jugemens p.* 138. §. 456. Le tribunal de cassation ne peut annuller les jugemens des tribunaux criminels que dans les cas suivans: 1° Lorsqu'il y a eu fausse application des lois pénales; 2° Lorsque

§. 10.

Die gemeine Meinung der Rechtslehrer unterscheidet zwischen dem Civil- und Criminalpunkte. In Rücksicht des ersten oder der dem Beschädigten gebührenden Genugthuung nimmt dieselbe die Appellation an; in Rücksicht der öffentlichen Genugthuung oder der Strafe des Verbrechers macht dieselbe zwischen dem Anklageprozeß und den Untersuchungsprozesse einen Unterschied. Bey dem Anklageprozeß, wo ein öffentlicher Ankläger den Verbrecher vor dem peinlichen Gerichte anklagt, und den Beweis des begangenen Verbrechens über sich nimmt, läßt

---

que des formes ou procédures prescrites par la loi, sous peine de nullité, ont été violées ou omises; 3° Lorsque l'accusé ou le commissaire du pouvoir exécutif ayant requis l'execution d'une formalité quelconque, à laquelle la loi n'attache pas la peine de nullité, cette formalite n'a pas été remplie; 4° Lorsque le tribunal criminel a omis de prononcer sur une réquisition quelconque de l'accusé où du commissaire du pouvoir exécutif. 5° Lorsque, dans les cas où il en avoit le droit, le tribunal criminel n'a pas prononce les nullités établies par la loi. 6° Lorsqu'il y a eu contravention aux régles de compétence établies par la loi pour la connoissance du délit, ou pour l'exercice des différentes fonctions rélatives à la procédure criminelle, ou qu'il y a eu de quelque manière que ce soit, usurpation de pouvoir.

läßt die gemeine Meinung die Appellation zu. Bey dem Untersuchungsprozesse hingegen, wo der Richter auf vorhergegangene Anzeige von Amtswegen selbst sowohl die Existenz des begangenen Verbrechens als den Urheber desselben zu erforschen bemühet ist, gestattet dieselbe blos die Klage der Nichtigkeit, und giebt dem Angeschuldigten statt der Berufung das Rechtsmittel weiterer Vertheidigung, welches sogar zum vierten Mahle gestattet zu werden pflegt; und die Supplication an den Regenten, wodurch derselbe um Abänderung oder Milderung der Strafe ersuchet wird 47). Auch von Untergerichten an Obergerichte wird dem Rechtsmittel der Berufung in peinlichen Sachen Statt gegeben 48). Darinn aber sind die Rechtslehrer unter sich streitig, was eigentlich eine Criminalsache sey, da einige zu diesem Begriffe ein Verbrechen erfordern, worauf eine Leib und Lebensstrafe gesetzt sey 49); andere auch eine derselben gleichgeltende Strafe in diesem Begriffe aufnehmen 50). Darüber sind sie auch

---

47) Koch instit. jur. crim. cap. XXVI. Quistorps Grundsätze des deutsch. peinl. Rechts Th. II. §. 779.

48) Pufendorf Tom. I. obs. 152.

49) Mynsinger Cent 4. obs. 41. Maevius part. VII. Dec. 83. Pufendorf Tom. 3. obs. 195. §. 2.

50) Meister im peinl. Prozeß. S. 361. u. s. f.

auch nichts weniger als unter sich einig, ob die Nullitätsklage blos in Rücksicht der Formalien, oder aber auch in Rücksicht der Materialien Statt habe 51).

§. 11.

Der Schriftsteller, welche die gemeine Meinung vertheidigen, sind zwey Klassen. Einige führen ohne alle Gründe blos das an, was die Gesetze verordnen, und die Praxis hergebracht hat; und zu dieser Klasse gehören die meisten Rechtslehrer, welche von dieser Frage gehandelt haben. Die andere Klasse begreift diejenigen unter sich, welche die Verordnung der Gesetze und die Praxis mit Gründen aus der Natur der Sache, so wenig ihnen auch das gelingen mag, zu vertheidigen suchen. Diese Klasse zählet nur wenige Schriftsteller, unter denen Hugo 52) und Carpzov 53) hervorragen. Diesen widersetzte sich Oldekop 54) ihn suchte Michael

51) Meuius p. II. D. 272. n. 10.

52) Hugo jnrisprudentia particularis Germania cap. 3. p. 117.

53) Carpzov Pr. rer. Crim. qu. 139. — Jurispr. for. part. 1. Const. 19. def. Const 20. def. 20. — Resp. elect. lib. 3. tit. 12. resp. 128. n. 6. — Proc. jur. tit. 17. Art. 4. n. 37.

54) l. c. vid. not. 1.

chael Godefred Wernher 55), zu widerlegen. Wie wenig ihm aber dieß geglücket sey, werde ich weiter unten mit mehreren zeigen. Carpzov's Gründe hat sich Struben 56) eigen gemacht, wiewohl er selbst gesteht, daß, wenn die landesherrlichen Obergerichte so beschaffen seyen, daß den in Criminalsachen an sie gebrachten Beschwerden schleunig abgeholfen werden könne, die Berufung an dieselbe zuträglich sey. Samuel Friederich v. Böhmer ist Oldekop in seinen Noten zu Carpzov 57), weniger günstig; in seinen vortrefflichen Kommentar über die P. H. G. O. 58) ist derselbe hingegen günstiger für die Berufung, und hat billigere Gesinnungen für Oldekop's Meinuug. Quistorp 59) hat die im vorigen §e dargestellte Meinung nach seiner Art fleißig zusammengetragen, bekennet aber am Ende selbst, daß die Gründe derselben keineswegs zureichten, und allgemein anwendbar seyen. Allein umsonst suchet man die Behandlung, die einem philosophischen Rechtsgelehrten geziemet, umsonst die Gründe, wodurch Quistorp

55) l. c. vid. not. 3.

56) Struben Rechtl. Bedenk. Th. 4. p. 147.

57) Observ. select. quaest. 139. n. 27.

58) Böhmer Comment. ad C. C. C. Art. CCXIX. §. 6.

59) Quistorp Grundsätze des deutsch. peinl. Rechts Th. II. Abschn. 10. §. 180.

storp die Unzulänglichkeit der gemeinen Meinung behauptet. Was Kreß 60) geleistet habe, ist bereits oben gezeigt worden. Gail 61) und Mynsinger 62), kleben an den Worten der Gesetze, und geben blos ein allgemeines Zeugniß von dem allgemeinen der Appellation in Criminalsachen entgegenstehenden Herkommen. Johann Balthaser Freyherr von Wernher 63), hängt sich ebenfalls an diese Gewohnheit, und erlaubt unter Beystimmung zu Carpzov blos demjenigen ju appelliren, dem an der Verurtheilung des Angeschuldigten vorzüglich gelegen sey. Mevius 64) sagt, aus der Gewohnheit vieler länder sey der gemeine Irrthum entstanden, daß in Criminalsachen keine Appellation Statt habe, und Ludovici 65) führet in seinem peinlichen Prozesse die Verordnungen verschiedener Provinzen an, und zeiget eben dadurch, daß die gemeine Meinung der Rechtslehrer falsch sey. Leyser 66) verwirft Carpzov's Distinction, und behaup=

---

60) Krefs Comment. ad C. C. C. Art. CCXIX. m. f. §. 7. d. Abh.

61) Gail Lib. I. obf. 1. n. 27.

62) Mynfing er Cent. 4. obf. 41.

63) Wernher felect. obf. Tit. II. P. VI. obf. 302.

64) Mevius Part. II. Dec. CCLXXII.

65) Ludovici Einleitung zum peinl. Prozeß Kap. XI. p. 110 — 117.

66) Leyfer Med. ad Pand. fpec. DCLT. Med. LXVI.

behauptet, in Sachsen habe ohne Unterschied die Berufung in peinlichen Sachen Statt; die Richter könnten sich nicht ungestraft über die eingelegte Berufung des Verurtheilten, wenn er gleich des Verbrechens geständig oder überzeugt sey, und ohne allen Grund appellire, wegsetzen, und der Landesherr gebe derselben in so weit Statt, daß die Sache an den vorigen Richter zurückgeschicket, der Angeschuldigte von demselben nochmals vernommen, und die Acten zur Entscheidung an ein Rechtscollegium versendet würden. Derselbe nimmt blos einen einzigen Fall aus, wenn der Angeschuldigte unter dem Schmerzen der Tortur appellire. Berger sagt in seinen Electis juris criminalis 67) mit ausdrücklichen Worten: Außerhalb Sachsen kann man auch gegen die Untersuchung appelliren. In seiner Oeconomia juris 68) hingegen sagt derselbe, in Sachsen sey die Berufung zuläßig, an ihrer Stelle habe die Versendung der Acten Statt, außerhalb Sachsen würde sie beynahe durch das allgemeine Herkommen von Deutschland verworfen. Friederich Esaias Pufendorf 69), scheint der Appellation nicht so geneigt zu seyn, da er behauptet, daß derjenige, der mit einer Leibesstrafe zu belegen sey, weni-

---

67) Berger Elect. Jurispr. crim. obs. 91. §. 6.

68) Berger Oecon. Jur. Lib. 4. tit. 28. Th. 4. n. 2.

69) Pufendorf Obs. Jur. Tom. 1. obs. 152.

weniger Begünstigung verdiene, als der, welchen eine geringere Strafe treffe. Stryk 70) behauptet mit Brunnemann 71) im Zweifel streite für die Appellation die Vermuthung. Koch 72). Püttmann 73); Die beyden Meister Vater 74) und Sohn 75), Klein 75), Grolman 77) und andere tragen in ihren Compendien die gemeine Lehre vor. Claproth 78) und Danz 79) halten sich an den Unterschied zwischen accusatorischem und inquisitorischem Prozeße. Die große Inconsequenz und das Unbedeutende dieses Unter-

---

70) Stryk Usus modern. Pand. lib. 49. Tit. 1.

71) Brunnemann Proc. inquis. c. 11. n. 19.

72) Koch Instit. jur. crim. cap. XXVI.

73) Püttmann Element. jur. crim. lib. 2. cap. XXII. §. 965. et seq.

74) Chr. Fr. Meister princ. jur. crim. germ. comm. Gött. 1781.

75) G. J. Fr. Meister princ. jur. crim. germ. comm. 1798.

76) Klein Grunds. des g. d. P. Rechts §. 574.

77) Grolman Grundsätze der Criminal-Rechtswissenschaft. Giesen 1798. §. 691.

78) Claproth Einleitung in den bürgerlichen Prozeß. §. 358.

79) Danz Grundsätze des gemeinen ordentl. bürgerlichen Prozesses §. 458.

Unterschiedes bemerket Gönner 80), in seinem Handbuche des Prozesses mit wenigen Worten. Feuerbach 81) führt Oldekop an, und behauptet, Appellation habe sowohl im Untersuchungs- als im Anklagsprozesse Statt. Kleinschrod 82) läßt in seinem Entwurfe blos das Rechtsmittel der Nichtigkeit und der weiteren Vertheidigung zu, nimmt Nichtigkeiten in Rücksicht der Person des Richters, der Bestellung des Gerichtes, der Formalitäten des Prozesses und des Urtheiles selbst an. Schieber 83) macht dagegen keine Erinnerung, in Rücksicht der Rechtsmittel gegen Criminalurtheile geht derselbe ganz von dem richtigen Gesichtspunkte aus

80) Gönner Handbuch des gemeinen deutschen Prozesses 3ter Band No. 40. Prüfung der Sachen worin Appelationen gewöhnlich für unzulässig angegeben werden. §. 2. p. 285 und 286.

81) Feuerbach Lehrbuch des in Deutschland geltenden peinl. Prozesses. Giesen 1801. §. 643. et Not. *.

82) Kleinschrod Entwurf Th. II. Abthl. II. Kap. VII. Materialien zur peinlichen Gesetzgebung in Bayern 1. Thl. München 1802.

83) Schieber Bemerkungen über den Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die Kurpfalzbaier'schen Staaten in den Materialien zur peinlichen Gesetzgebung in Baiern 1. Th. München. 1802.

aus 84) allein er verfolget denselben nicht weiter, spricht blos von der Richtigkeitsklage, da doch die nämlichen Gründe, von welchen er ausgeht, für die Appellation streiten, und derselbe sicher keinen vernünftigen Grund, warum in Criminalsachen keine Appellation Statt haben sollte, anzugeben im Stande ist. Auch Socher's Bemerkungen verbreiten über diesen Gegenstand das Licht nicht, welches man von ihm als Philosophen und denkenden Kopfe hätte erwarten sollen 85).

§. 12.

Doch genug von Gesetzen und von Meinungen der Rechtsgelehrten, da der Gesetzgeber, für den diese Blätter vorzüglich bestimmt sind, nicht darnach zu fragen hat, was die Gesetze verordnen, sondern

84) Schieber l. c. Th. II. Abth. II. Kap. VII. ad §. 2752. (2746.) Die größte Schwierigkeit hat die Zulassung von Rechtsmitteln gegen peinliche Urtheile, ihre Bestimmung und Einrichtung, Menschlichkeit, der wichtige Gegenstand, Leben, Ehre, rathen zur Bejahung der Frage.

Kann man wegen ein Paar hundert Gulden alle Instanzen durchlaufeu, wie soll eine Revision wegen Nichtigkeiten in peinlichen Sachen abgeschlagen werden können? ? ?

85) Bemerkungen über den Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches für die Kurpfalz-Bayerischen Staaten in den Materialien §. 192. Wenn aber das Criminal-Dikaste-

dern darnach, was sie hätten verordnen sollen, nicht auf die Meinungen der Rechtsgelehrten, sondern auf die Natur der Sache Rücksicht zu machen, nicht das, was Herkommen, sondern das, was das Wohl des Staates, die Sicherheit des angeschuldigten Bürgers fordern, zu beobachten verbunden ist. Wäre die Berufung in peinlichen Sachen als unzulässig zu erklären, so müßten dem Angeschuldigten entweder andere eben so sichere Rechtsmittel zur Seite stehen, oder es müßte in der Natur der Sache ein hinlänglicher und überwiegender Grund liegen, warum in Civilsachen die Appellation zulässig, in Criminalsachen unzulässig sey. Nichtigkeitsklage, fernere Vertheidigung, Supplication sind aber bey weitem nicht hinreichend, und schüzzen den Angeschuldigten keineswegs gegen das Versehen, die Unerfahrenheit, den Irrthum, die Partheylichkeit und Ungerechtigkeit der Richter. Der zwischen dem Anklags- und Untersuchungsprozesse aufgestellte Unterschied ist in der Natur der Sache nicht gegründet, und es kann kein vernünftiger Grund angeführt werden, warum im Anklagsprozesse die Appellation Statt haben, im Untersuchungsprozesse wegfallen sollte. Das von den Reichsgerichten

Dikasterium selbst einer Nichtigkeit beklagt wird, wo ist diese Klage zu führen? Oder hat gegen den Ausspruch von diesem, auch wenn es erste Instanz war, kein Rechtsmittel mehr Statt?

richten entlehnte Argument ist von gar keinem Gewichte, und beweiset den größten Sprung im Argumentiren. Die gemeine Meinung der Rechtslehrer ist unbillig und ungereimt, und das, was noch zu ihrer Vertheidigung vorgebracht werden kann, ist weder eines weisen Gesetzgebers, noch eines vernünftigen Mannes würdig.

§. 13.

Es ist höchst thörigt und ungereimt, in Sachen, wo es nicht um Lesen der Eicheln, nicht, wie Oldekop sagt, um Posthumus Ziegen, sondern um Ehre, Leib und Leben des Menschen gilt, den, der sich durch das Urtheil seiner Richter beschwert fühlet, das Rechtsmittel der Appellation zu versagen. Durch alle Instanzen kann ein Rechtsstreit von lumpichten hundert Gulden geführet und gezogen werden, aber da, wo mein Kopf in Gefahr steht, wo es um den Verlust meines ganzen Vermögens geht, wo der Würfel um Freyheit auf dem Spiele liegt, wo meiner Ehre der empfindlichste und unheilbarste Stoß bevorsteht, da soll ich dem traurigen und ungewissen Lose einer einzigen Instanz ausgesetzt, ohne Hilfe verurtheilt, und der Befugniß, meine Beschwerde gegen das gravirende Urtheil bey dem höheren Richter anzubringen beraubt seyn 86)?

Wegen

---

86) Gönner a. a. O. Hierdurch entstand die unverzeihliche Inconsequenz, daß der gekränkte in bürgerlichen

Wegen Unerfahrenheit, Irrthums und Partheylichkeit der Richter haben die Gesetze mehrere Instanzen angeordnet. Denjenigen aber, der dafür hält, in Criminalsachen falle aller Irrthum, alles Versehen, alle Partheylichkeit, alle Leidenschaft der Richter weg, den muß man nicht widerlegen, den muß man mit Nießwurz heilen.

Die Untersuchung und Aburtheilung der Verbrecher erfordert größere Behutsamkeit, als jede andere Sache. Der peinliche Prozeß hat mehrere Klippen, als der Civilprozeß, an denen öfters gute aber mit Untersuchung der Verbrecher weniger bekannte Richter gescheitert sind. Die Existenz und der Urheber des Verbrechens liegen hier nicht so platt auf der Hand, wie der Klagegrund in einer Civilsache. Sie müssen erst mit Mühe und fleißiger Untersuchung aufgefunden, und alle Umstände in Betrachtung gezogen werden. Deßwegen finden wir auch bey Untersuchung der Verbrecher die meisten Versehen der Richter. In keinem Prozesse hängt der Angeschuldigte mehr von der Willkühr des Richters ab, als in dem Untersuchungsprozesse; es ist daher äußerst ungereimt, demselben die Befugniß der Appellation zu benehmen. Dieß kann um desto weniger geschehen, da der Angeschuldigte durch die

 öffent-

---

lichen Fällen Hilfe suchen konnte: aber das Schicksal einer peinlichen Sache vom Ausspruche eines einzigen Tribunals abhängig war.

öffentliche Meinung unterdrückt, von allem Schutze entblößt, nackt, allein, unvertheidigt der unermeßlichen Gewalt derjenigen, welche die Gesetze vollziehen, Preis gegeben ist.

§. 14.

Von dieser sonderbaren Verfügung gibt Hugo zwey Ursachen an. Die Civilgerichte hätten blos die Rechte und den Nutzen der einzelnen Parteyen, die Criminalgerichte, die Wohlfahrt des ganzen Staates zum Gegenstande; es sey daher auch erforderlich, daß den kleineren Ständen, aus welchen das teutsche Reich bestehe, eine größere Gewalt im Criminal- als im Civilsache verliehen sey; so wie ferner bey Heilung der Wunden alles darauf ankomme, daß bey Zeiten dazu geschritten werde, so sey bey Wegschneidung der schädlichen Glieder des Staates öfters schnelle und zur gehörigen Zeit angewandte Hilfe vonnöthen, damit das Uebel nicht weiter um sich greife.

§. 15.

Fast der nämlichen Gründe bedienet sich Carpzov. Wenn das Verbrechen ausgemacht sey, müßten die Richter, ohne so genau auf die Förmlichkeiten der Rechte zu sehen, zur Strafe geneigt seyn. Die öffentliche Sicherheit fordere, daß Verbrecher sogleich gestraft würden, damit der Verbrecher keine Gelegenheit erhalte, aus dem Gefängnisse zu fliehen,

hen, um Milderung der Strafe einzukommen, oder ihm der Arrest zur Strafe gezählet, oder davon abgerechnet werde. Deßwegen habe auch der Untersuchungsprozeß vor dem Anklagsprozesse in den Gerichten die Oberhand erhalten, bey welchem man mit Zurücksetzung aller Weitläufigkeiten und Umschweife, worüber oft die Strafe der Verbrecher vernachlässiget werde, verfahre. Es sey allgemein bekannt, daß die Rechtsstreite durch frivole Berufungen in die Länge gezogen würden, so, daß während ihrer Anhängigkeit der dazwischen tretende Tod die Strafe und Anklage zugleich aufhebe. Deßwegen würde auch mit Recht die Berufung in Criminelsachen verworfen.

§. 16.

Hiezu setzet noch Wernher 87): Nach römischen Rechte sollten die Civilprozesse in drey, die Criminalprozesse in zwey Jahren zu Ende gebracht werden 88). Heut zu Tage dauerten die Prozesse länger, und seyen an vielen Orten außerhalb Sachsen beynahe unsterblich. Der Angeschuldigte würde daher hundert Mahl eher sterben, als er ein Mahl gehörig bestrafet würde. Nach römischem Rechte habe

87) l. c. cap. V. §. 2.

88) *L.* 13. *pr. et §.* 1. *C. de jud.* (*III.* 1.) *L.* 3. *C. ut intra certum tempus criminalis causa terminetur.* (*IX.* 44.)

habe die Anklage Statt gehabt, heut zu Tage untersuche der Richter von Amtswegen oder auf bloße Anzeige eines dritten. Nach römischem Rechte hätte der Ankläger, der den Angeklagten des Verbrechens überführet hätte, Lob und Belohnung davon getragen, heut zu Tage erhalte der Ankläger nichts, und trage, wenn er sich nicht wohl versichere, den Lohn seiner Thorheit. Der peinliche Gerichtsherr müsse die Untersuchungs- und Atzungskosten bestreiten; würde derselbe daher den Rechtsstreit in zweyter Instanz auf seine Kosten fortsetzen, oder wenigstens den Angeschuldigten bey der Armuth der meisten Verbrecher unterhalten müssen; so würde er sich zur Ersparung der Kosten nicht selten gleich anfänglich aller Untersuchung enthalten, und sich um die öffentliche Sicherheit, welche die Untersuchung und Bestrafung der Verbrechen erheische, wenig bekümmern. Nach römischem Rechte habe der Richter selbst geurtheilt, nach dem Herkommen und den peinlichen Prozeßordnungen habe die Actenversendung an Rechtscollegien Statt, die Acten seyen bey neu überreichter Vertheidigung und Ausführung auf das Neue zu verschicken, und könnten in diesem Falle an ein anderes Rechtscollegium versendet werden.

§. 17.

In Hugos erstem Grunde liegt die natürliche Erklärung, warum den Reichsständen eine größere Befug-

Befugniß in Criminal- als in Civilsachen gestattet worden sey. Civilsachen können länger liegen bleiben, als Criminalsachen. Würden die Criminalsache im Wege der Berufung an die Reichsgerichte gebracht, so würden diese Gerichte mit peinlichen Prozessen überhäuft werden, und zu deren Beendigung nicht einmal die gehörige Zeit finden. Der Endzweck der Strafe, der durch geschwinde Zufügung derselben am besten erreicht wird, würde durch die Länge der Zeit oder den Tod der Verbrecher vereitelt werden. Allein dieser Grund steht der Festsetzung einer zweyten Instanz, der Errichtung besonderer Obertribunale für peinliche Sachen, oder der Vereinigung derselben mit den Oberappellationsgerichten in den Ländern, die das Vorrecht der Inappellabilität haben, oder der Actenversendung keineswegs entgegen.

§. 18.

Criminalurtheile sollen ohne langen Verzug gefället und vollzogen werden; dieß muß das vorzügliche Augenmerk der gesetzgebenden und vollziehenden Gewalt seyn. Damit der Eindruck der Strafe nicht geschwächet werde, müsse das rächende Schwert der Gerechtigkeit den Verbrecher sogleich treffen. Das Mosaische Recht 89) schritt daher ohne

89) Josua 7, 16 — 26. 1 Sam. 22, 11 — 19. 2 Sam. 1, 13 — 26. 4, 9 — 12. 1 Kön. 2, 23 — 25. 28 — 35,

ohne viele Umzüge zur Fällung und Vollziehung des Urtheils, und das römische Recht 90) verordnete, daß die Gefangenen, wenn sie des Verbrechens überzeugt seyen, schleunige Strafe treffe. Allein daraus folgt noch nicht, daß nur eine einzige Instanz in Criminalsachen seyn müsse. Schnell ergreife die Strafe den Verbrecher; aber ein eben so großer Fehler, wie die lange Zögerung, ist zu rasche Uebereilung. Mit Weisheit werde daher die geschwinde Vollziehung der Gesetze geleitet, damit nicht der Unschuldige als das Opfer blinder Strafwuth falle, damit ihm nicht die Mittel zu seiner Vertheidigung, worunter vorzüglich die Berufung gehöret, abgeschnitten werden. Diejenigen, welche sich dieses Argumentes bedienen, nehmen den einen Mißbrauch in Schutz, um dadurch den entgegengesetzten zu vermeiden. Es wäre besser, sie kehrten ihre Waffen gegen die Rechtszögerungen, welche sich nicht selten ganze Collegien in Instruirung der Criminalprozesse zu Schulden kommen lassen, wodurch die Angeschuldigten in dem Laufe mehrerer Jahre und den Finsternissen des Kerkers umsonst ihr

28 — 35. 41 — 46. — Michaelis mosaisches Recht Th. VI. §. 305.

90) *L. 5. C. de cust. reor.* (IX. 4.) De his, quos tenet carcer inclusos, id aperta definitione sancimus, ut aut convictos velox poena subducat, aut liberandos custodia diuturna non maceret.

ihr Urtheil erwarten. Wenn die Obergerichte gehörig eingerichtet sind, und auf schnellen Justizgang von oben gesehen wird, so kann jede Criminalsache in zweyter Instanz längstens in zwey bis drey Wochen abgeurtheilet werden. — Wie wenig sich aber die Vertheidiger dieser Meinung gleich bleiben, welches seichten Grundes sich dieselben bedienen, dieß erhellt selbst aus der Meinung, die sie vertheidigen. Sie lassen an der Stelle der Berufung weitere selbst zum vierten Mahle wiederholte Vertheidigung zu. Allein kann denn nicht in der nämlichen Zeit, welche sie der selbst zum vierten Mahle wiederholten Vertheidigung gönnen, ja sogar in weit kürzerer Zeit das peinliche Urtheil in der Berufungs- oder Revisions-Instanz bestättiget oder abgeändert werden? Ich gebe gerne zu, daß es Fälle gebe, welche den schleunigsten Vollzug der Strafe fordern; allein diese gehören zur Ausnahme und nicht zur Regel, und von jener wird noch unten die Rede seyn.

§. 19.

Der Richter, sagt Carpzov, müsse zur Bestrafung der Verbrechen geneigt seyn. Geringere Begünstigung, behauptet Pufendorf, verdiene der, welcher mit einer Leibes-, größere, welcher mit einer geringeren Strafe zu belegen sey. Allein durch dieses Argument begehen sie eine wahre Petitionem principii. Sie setzen voraus, daß der in der zweyten Instanz verdammt werde, der in der

ersten verurtheilt worden sey. Sie nehmen an, daß der mit Recht bestraft sey, der über die ihm zugefügte Strafe Beschwerde führet.

§. 20.

Hierdurch ist zugleich Wernher widerlegt, der aus Furcht für die Unsterblichkeit der Prozesse den Tod der Verbrecher zu sehr beschleuniget, obgleich er, da er die Versendung der Acten an ein anderes Rechtscollegium zuläßt, im Grunde der Berufung weit günstiger ist, als er wohl denken mochte. Der von ihm angeführte Unterschied zwischen den römischen und teutschen Gerichten fällt mit dem Unterschiede zwischen dem Anklags- und Untersuchungsprozesse zusammen, welchen wir zunächst untersuchen werden. Das von den Kosten hergenommene Argument ist kammeralistisch, und fällt bey gut eingerichteten Obergerichten hinweg. Die Frechheit der Verbrecher nimmt nicht zu, da durch eingelegte Berufung bey schnellem Justizgange die Bestrafung der Missethäter keineswegs zu lange verschoben wird.

§. 21.

Wie wenig sich aber die Vertheidiger dieser Meinung consequent bleiben, erhellet offenbar aus dem Unterschiede, den sie zwischen dem Anklags- und Untersuchungsprozesse aufstellen. Alle die Argumente, welche sie von der schnellen Bestrafung

der Missethäter und der Verhinderung der Verbrechen hernehmen, haben eben sowohl in Rücksicht des Anklags- als des Untersuchungsprozesses Statt; es läßt sich also kein vernünftiger Grund einsehen, der sie in dem einen und dem andern Falle bey gleichen Gründen zu einem verschiedenen Schlusse berechtiget. Dieser Unterschied gehöret daher in soweit derselbe die Berufung betrifft, zu den leeren und unnützen Distinctionen der Rechtsgelehrten. Denn wenn die Sicherheit des Angeklagten in den Sachen, wo es um Leben und Tod gehet, mehrere Instanzen fordert, damit nicht das Heil und das Schicksal desselben einem einzigen Gerichte überlassen werde, was liegt daran, ob ich es mit dem öffentlichen Ankläger oder mit dem Richter zu thun habe? Das Erkenntniß des Richters im inquisitorischen Prozesse kann eben so beschwerend für mich seyn, als das im accusatorischen Prozesse gefällte Urtheil; deswegen müssen mir auch die nämlichen Rechtsmittel in dem Untersuchungs-, so wie in dem Anklagsprozesse zur Seite stehen. Oder will man behaupten, daß der Anklagsprozeß blos zu Gunsten des Anklägers eingeführt sey, da gleiche Rechte der Parteyen seyn müssen, und im Zweifel mehr für, als wider den Angeschuldigten gesprochen werden muß? Das ganze Argument ist blos von der Form des gerichtlichen Verfahrens hergenommen, und kann nur bey denen Eingang finden, welche lediglich an leeren Formen

kleben 91). Ganz richtig sagt daher Gönner: Es ist doch wahrlich übertrieben, wenn die Sicherung der Rechte in peinlichen Fällen von der zufälligen Verfahrungsart abhängen, und eine peinliche Sache heute appellabel, morgen inappellabel seyn soll, je nachdem sie im Anklags- oder Untersuchungsprozesse behandelt wurde. Es ist dieß eine sehr elende Distinktion; weil es an einem Ankläger fehlet, und der Richter selbst untersuchet, falle ich als Opfer des unwissenden und ungerechten Richters; weil ein Ankläger da ist, werde ich durch die Berufung gerettet. Wer sich consequent bleiben, und nicht widersprechen will, muß von der aufgestellten Regel keine Ausnahme machen, muß in einem Falle nicht so, in dem andern anders entscheiden, ohne einen hinlänglichen Grund dieser von ihm gemachten Ausnahme, und der Verschiedenheit seiner Entscheidung angeben zu können. Was sind nun die Gründe, welche diesen Unterschied rechtfertigen? Und hier kömmt wieder Carpzov zum

91) Cicero sagt in seiner Rede für den L. Murena Kap. 13. Von diesen leeren Formelskrämern sehr wohl; Cum multa praeclare legibus essent constituta, ea Jureconsultorum ingeniis pleraque corrupta et depravata sunt. In omni denique jure civili aequitatem reliquerunt, verba ipsa tenuerunt.

zum Vorscheine. Im Untersuchungsprozesse, sagt er, werde ganz kurz und summarisch mit Beyseitesetzung aller Förmlichkeiten und Umschweife des ordentlichen beynahe nach Ermessen und Willkühr des Richters verfahren. Allein dieses Argument würde, wenn auch Carpzovs Behauptung wahr wäre, gerade das Gegentheil von dem beweisen, was es eigentlich beweisen sollte. Denn jemehr eine Sache der Willkühr und dem Ermessen des Richters überlassen ist, um desto mehr sollten die Gesetze dafür sorgen, daß der Richter diese Willkühr nicht mißbrauche. Der angeführte Grund passet nicht, zudem ist Carpzov's ganze Behauptung falsch. In dem Prozesse über das Summarissimum hat keine Berufung Statt, weil hier blos von Verfügung eines für beyde Theile unschädlichen und für die Erhaltung der öffentlichen Ruhe nothwendigen Provisoriums die Rede ist. Dieser Grund fällt aber weg, wo nicht von dem eselhaften Besitze, wie ihn die Rechtslehrer aus Mangel an Titel und rechtlicher Ueberzeugung nennen, sondern von dem Leben des Menschen die Frage ist. Der peinliche Prozeß gehöret übrigens keineswegs zu dem summarischen Prozesse, sondern ist, wenn man seinen Unterschied von andern Prozeßarten untersuchet, eine ganz eigene Gattung des Prozesses, der seine eigenen Regeln und Vorschriften hat, und keineswegs von der Willkühr des Richters abhängt; sieht man aber auf das, was am öftersten vorkömmt und den Unter-

schied

schied, der zwischen dem Anklags- und dem Untersuchungsprozesse Statt hat, so kömmt dieser gewöhnlich und ordentlicher, jener nur selten und ausserordentlicher Weise vor, so macht dieser die Regel, jener die Ausnahme.

§. 22.

Der Unterschied, welche die Kurfürstl. Braunschweig Lüneburgische Oberappellationsordnung zwischen Personen von Adel, Räthen, vornehmen Bedienten und Graduirten, bey denen sie in peinlichen Fällen die Revision zuläßt, und andern Personen, bey welchen diese Revision wegfällt, gestattet, verräth eine gefühlvolle Theilnahme an dem Lose, und eine billige Rücksicht auf die Würde und den Stand dieser Personen; allein sie ist, da Gleichheit der wesentlichen Rechte unter den Mitgliedern eines und eben desselben Staates eintreten muß, bey allen dem unbillig und ungerecht. Daß Leben, Leib, Ehre, Freyheit und Vermögen sicher seyen, kann jeder Mensch im Staate, er sey nun Edelmann, Rath, Gelehrter, Kauf- Handwerks- oder Bauersmann von den Gesetzen und dem Regenten fordern. Es müssen bestimmte Gesetze, es muß eine und eben dieselbe Vorschrift für den Richter und den Armen, für den Günstling des Hofes und dem Ackersmann hinter dem Pfluge seyn 92). Es wäre daher zu wün-

92) Locke of civil Gouvernment-Book II. Chap. XI. §. 142. They are to govern by promulgated, estab-

wünschen, daß dieser ganze Unterschied aufgehoben und die nämliche Rücksicht der Billigkeit auf alle Personen, ohne Unterschied ausgedehnt würde.

§. 23

Auch mit der Berufung von den Untergerichten an die Obergerichte, welche die Franz-Ludwische Gesetzgebung in Art einer einfachen Klage zuläßt, langt man nicht aus. Denn der Untergerichte, welche das peinliche Urtheil selbst fällen, die Gerichtsbarkeit der Städte und die Patrimonial-Gerichtsbarkeit ausgenommen, gibt es nur wenige. Im Fürstenthume Bamberg urtheilen alle und jede Unterbeamten blos geringfügige Sachen ab, in allen übrigen Fällen haben sie nichts, als die erste Instruction des Prozesses, und schicken die Acten entweder zur Formirung der Specialuntersuchung oder nach Umständen zur Fassung eines Urtheils an die obere Criminalbehörde ein. Wenn aber diese Gesetzgebung von einer Zwischenhandlung von einem Versehen in Instruirung des Prozesses die Berufung in dem Wege einer einfachen Klage zuläßt, warum soll nicht von dem Hauptacte selbst, von dem nie wieder gutzumachenden Urtheile appelliret werden können?

§. 24.

---

established laws, not to be varied in particular cases; but to have one rule for rich and poor, for the favourite at court and the country-man at plough.

§. 24.

Eben so wenig thut der Unterschied Genüge, den die Rechtslehrer zwischen Stadt- und Patrimonialgerichten auf der einen und Obergerichten auf der andern Seite machen. Schon in diesem Unterschiede liegt das Bekenntniß, daß Criminalrichter irren können, hiermit das von Obergerichten ebenfalls gelten müsse, was bey Untergerichten eintritt. Fragt man aber nach dem Grunde dieses Unterschiedes, so findet man sich von den Schriftstellern, welche ihn aufstellen, hierüber gänzlich verlassen. Indessen gibt uns die Geschichte und die Natur der Sache hierin einigen Aufschluß. Jene zeigt uns die anwachsende Macht der Landesherrn, das daraus entspringende Recht der Oberaufsicht, den Mißbrauch der städtischen und gutsherrlichen Gerichtsbarkeit und das in dem Appellationszuge aufgefundene Gegenmittel, so wie hin und wieder manche Beyspiele beybehaltener Appellationsfreyheit 94); diese beßere Einrichtung und Besetzung der landesherrlichen Gerichte, und daraus für die Rechtlichkeit ihres Verfahrens entspringende Vermuthung. Bey Municipal- und Patrimonialgerichten finden wir höchstens einen oder den andern Rechtsgelehrten, welchem ganz allein das Heil des Angeschuldigten überlassen ist. Gut eingerichtete Landescollegien

94) Man sehe das oben angeführte Privilegium der Stadt Lüneburg.

gien bestehen aus ausgesuchten und erfahrnen Rechtsgelehrten, vernünftigen und aufgeklärten Männern, daß man dieselbe billig den Sitz der Erfahrung und Gelehrsamkeit nennen kann. In einem solchen Collegio controliret ein Rath den andern, und es ist kaum zu erwarten, daß in einer der wichtigsten Sachen, die nach allen Rechtsformalitäten verhandelt, genau geprüft und untersucht ist, ein Irrthum vorgehe. Ich muß gestehen, daß die Entscheidung peinlicher Fälle mit mehr Sicherheit einem ganzen Collegio als einem städtischen oder gutesherrlichen Gerichte anvertraut wird, und daß ich lieber von einer landesherrlichen Stelle als von einem Patrimonialgerichte gerichtet seyn will. Allein alles dieses ist von keinem solchen Gewichte, daß dadurch die Berufung in Criminalsachen als überflüßig wegfiele. Höchstens wird dadurch eine Vermuthung für die Rechtlichkeit der Aussprüche eines solchen Collegiums begründet. Allein durch diese bloße Vermuthung ist dem Angeschuldigten nicht geholfen, und Vermuthungen werden immer durch die Wahrheit des Factums entkräftet. Zu großes Vertrauen auf die Einsichten und Gerechtigkeit eines Collegiums ist mehr schädlich als nützlich: immer muß der Gesetzgeber von der Möglichkeit des Gegentheiles ausgehen, um die gehörigen Gegenmittel für jeden möglichen Fall verordnen zu können. Wie oft begeht nicht der geschickteste und redlichste Mann ein Versehen? Zu dem müssen wir immer die großen Lobsprüche von

der Erfahrung, der Einsicht, der Rechts- und Geschäftskenntniß ganzer Collegien so wie in allen andern Sachen mehr als ein Ideal ansehen, das uns zeigt, was ein Collegium seyn sollte, aber keineswegen beweiset, daß das Collegium auch wirklich das sey, wofür es ausgegeben wird.

§. 25.

Man wird mir den Einwurf machen, das Gesagte sey von keinem so großem Gewichte, daß mit so vieler Hitze gegen die aufgestellte Meynung gesprochen werde. Würde gleich dem Verurtheilten das Rechtsmittel der Berufung versagt, so stünden demselben eben so sichere Rechtsmittel zur Seite. Es sey ihm der Weg fernerer Vertheidigung offen, der Weg der Nichtigkeitsklage nicht verschlossen, selbst der Regent könne um Milderung oder Abänderung der Strafe angegangen werden. Allein alle diese Mittel gewähren dem Verurtheilten die Sicherheit nicht, welche sich derselbe mit Recht von dem Rechtsmittel der Berufung verspricht. Wenn auch die Vertheidigung selbst zum vierten Mahle wiederholt und zugelassen wird, so bleibt doch immer der nämliche Richter. Es ist nicht wahrscheinlich, daß das Gericht sich selbst widersprechen, und das von ihm gefällte Urtheil reformiren werde. Irren ist menschlich, allein wie viele erkennen ihren Irrthum, wie viele von denen, die ihn erkannt haben, bekennen öffentlich, daß sie geirret haben? Mit um

so größeren Nachdrucke der Defensor die Sache des Angeschuldigten vertheidiget, je mehr er die Unerfahrenheit der Richter, die schiefe Anwendung der Gesetze, die auffallenden Irrthümer in Facto, die Unbilligkeit und Ungerechtigkeit des gefällten Erkenntnisses aufdeckt, desto mehr werden menschliche Richter erbittert, in ihren Vorurtheilen und Leidenschaften bestättiget, und die Schärfe des Defensors an der Person des Angeschuldigten gerächet werden? Die Richter machen es zu einer Ehrensache, das gefällte Urtheil aufrecht zu erhalten, und sie rechnen es sich zur Schande, dasselbe zurück zu nehmen. Man nimmt vielmehr zu jedem Paradoxe seine Zuflucht, als daß man gefehlet zu haben einbekennet. Wie selten sind Fenelons, welche ihr Buch zerreissen, und ihren Irrthum öffentlich bekennen? Doch seyen auch die Richter noch so gerecht und leidenschaftslos, so hat doch der Angeschuldigte wenig von ihnen zu hoffen. Von der Meynung, für welche sich einer einmahl erkläret hat, reißt sich derselbe schwer los. Bestimmt können die Gesetze, bestimmt das Factum, rechtschaffen und menschlich die Richter, dennoch die Anwendung des Gesetzes Anständen unterworfen, die Ansichten verschieden, die Gründe für jede Meynung gleich stark seyn. Wenn aber die Vertheidigung keine neuen Umstände in Rücksicht des Factums, sondern bloß neue Gründe in Beurtheilung des Factums, in Anwendung der Gesetze auf dasselbe, wenn sie gerade die der Stimmenmehr-

heit entgegengesetzte Gründe enthält, so wird man umsonst eine Abänderung des Urtheils von den nämlichen Richtern erwarten. Laßt uns, rief einst bey eingelegter Revision voreilig, ohne einmal noch die Gründe gehöret zu haben, einer der Richter, das Urtheil revidiren und bestättigen. Man denke sich zu dem unerfahrne, feindselige, blutdürstige und zu dem Unglücke des Angeschuldigten verschworne Richter, mit dem Schwerte der Gerechtigkeit bewaffnete Justizmörder, von Religionswuth entflammte Fanatiker, Verächter der Gesetze und Scharfrichter, mit wenigen alles zu sagen, Calas Richter. Wie viele fielen als Schlachtopfer des Rechts, deren Unschuld die schwarze Vergessenheit, und mit Staub überzogene Acten bedecken, denen, wenn sie die Erlaubniß zu appelliren gehabt hätten, Leben, Güter und Ehre unangetastet geblieben wären. Allein die Elenden mußten die elende Tyranney der Praxis mit ihrem Blute büßen 95).

§. 26.

Wie sehr sich aber die Praxis die gemeine Meynung und die der Berufung ungünstigen Provinzial-

95) M. s. Schlözers Staatsanzeigen Heft 10. Nro. 20. Justizmord in der Oberpfalz S. 155 — 166. und die Appellation zur Gerechtigkeit des Publikums wider die lügenhafte und unverschämte Vertheidigung der Justizmörder zu Amberg 1784.

zialgesetze widersprechen, erhellet daraus noch klärer, daß sie in peinlichen Sachen den verdächtigen Richter 96), ja sogar in Civilsachen den Richter, von dessen gravirendem Erkenntnisse die Berufung ergriffen wurde, gleichwohl in einer andern Sache 97) zu verwerfen erlauben, durch neue und weitere Vertheidigung hingegen dem Angeschuldigten bloß das traurige Mittel, von dem schlecht belehrten Richter an den besser zu belehrenden Richter zu appelliren gestatten. Der Endzweck der Recusation ist, daß einer zuzufügenden Beschwerde vorgebeuget, der Appellation, daß einer zugefügten abgeholfen werde. Es ist aber äußerst sonderbar, mehr der Furcht als der Realität einzuräumen, gegen ein ungewisses erst zu befürchtendes Uebel Hülfe zu verleihen, bey einem gewissen schon zugefügten Uebel Hülfe zu verweigern. Daß Kleinschrod 98) die Aufstellung eines anderen Referenten

---

96) J. M. Seuffert von dem Rechte des peinlich Angeklagten, seinen Richter auszuschliessen aus dem Gesichtspunkt der gesetzgeberischen Klugheit. Nürnberg 1787.

97) C. 6. 24. X. de appellat. (II. 28.) Claproth's Einleit. in den ordentl. bürgerl. Proceß Th. I. §. 46. n. 9.

98) Entw. ein. peinl. Gesetzb. §. 2764. In diesem zweyten Urtheile kann die zuvor erkannte Strafe erhöhet werden, wenn das Gericht findet, daß die im ersten

ten haben will, dieß thut nichts zur Sache, denn immer bleiben noch die nämlichen Votanten, von denen der, welcher die Stelle des Referenten überkömmt, in eben der Sache bereits vorher gestimmet hatte. Kleinschrod nimmt sogar an, daß in dem zweyten Urtheile die Strafe könne erhöhet werden, daher ist die Heilung öfters gefährlicher als das Uebel, und welch ein großes Feld der Bösartigkeit der Richter dadurch geöffnet sey, springt aus dem Gesagten von selbst in die Augen.

§. 27.

Wie gefährlich es sey einem und eben demselben Collegio die von ihm bereits in erster Instanz entschiedene Sache in zweyter wieder zu überlassen, hievon führet Rennemann 99) ein merkwürdiges Beyspiel an. Ein Edelmann bediente sich in einer Vorstellung an seinen Fürsten etwas harter aber wahrer und ohne alle beleidigende Absicht gebrauchter Ausdrücke. Die Räthe des Fürsten klagten ihn deshalb der Injurien an, und obgleich er sich nach verhandelter Sache bey Transmission der Acten den Schöppenstuhl, der unter diesem Fürsten und diesem Regierungscollegio stand, und daher äußerst

---

ersten Urtheile auferlegte Strafe nach dem Gesetze zu gering ist.

99) Henning. Rennemann tr. de transmiss. act. cap. 6. n. 9. p. 83. et seq.

äußerst verdächtig war, verbethen hatte, so wurden doch die Acten dahin zum Spruche Rechtens versendet. Das Urtheil fiel auch gegen ihn aus, er legte dagegen die Leuteruug ein, und nochmahliger Recusirung des Schöppenstuhles ungeachtet wurden die Acten an den nämlichen Schöppenstuhl geschickt, und das vorhergehende Erkenntniß bestättiget. Bey eingelegter Oberleuteration bath er wiederholt die Acten in dieser letzten Instanz an ein anderes Spruchcollegium zu versenden, aber umsonst. Die Acten wurden zum dritten Mahle an den nämlichen Schöppenstuhl geschickt, und der Angeschuldigte am Ende verurtheilt, und so fiel, da man der Appellation nicht Statt gab, der Angeklagte unter seinem aber dem gerechtesten und unschuldigsten Schilde. Aeusserst ungerecht, bemerket Oldekop 100) sey es gewesen, die zu Gunsten der Beklagten eingeführte Verschickung der Acten zu ihrem offenbaren Nachtheile zu mißbrauchen, und dem Unterlegenen sey offenbar der Recurs an das Kammergericht um Einhaltsbefehle, daß kein verdächtiges Rechtscollegium in der Sache spreche, frey gestanden.

§. 28.

Aeußerst zu verwundern ist es, daß Kleinschrod mit Verwerfung der Vertheidigung gegen einzelne Handlungen des criminellen Verfahrens dem

Be-

100) l. c. §. 87. p. 40.

Beschuldigten erlaubt, wenn er sich durch das Verfahren des Richters während des Processes beschwert fühlet, seine Gründe zu Protocoll zu geben, und wenn der Richter darauf keine Rücksicht nimmt, sich bey dessen nächstem Oberrichter zu beschweren, gegen das peinliche Erkenntniß selbst aber das Rechtsmittel der Berufung dem Gravirten versaget 101). Hierin scheinet er mir mehr der Form als der Sache gehuldiget zu haben; da aber die Form wegen der Sache und nicht die Sache wegen der Form da ist, so kann dieß unmöglich angehen. Durch kein Rechtsmittel werde die Untersuchung gegen den Angeschuldigten verzögert und aufgeschoben; hier muß alles Zaudern als nachtheilig aufhören, und so schleunig als möglich verfahren werden. Deßwegen würde ich auch während der Untersuchung mit Kleinschrod, wo kein äußerster durch das Endurtheil nie wieder gut zu machende Nachtheil bevorstünde, dem Angeschuldigten weder das Rechtsmittel der Vertheidigung noch der Appellation einräumen, sondern bloß einer einfachen Beschwerde an den Oberrichter Statt geben. Allein es ist äußerst ungereimt und sonder-

101) a. a. O. §. 2613. Wenn jedoch der Beschuldigte sich durch das Verfahren des Richters während des Processes beschweret glaubt, so kann er seine Gründe zu Protocoll geben, und wenn der Richter darauf keine Rücksicht nimmt, sich bey dessen nächsten Oberrichter beschweren.

sonderbar wenn in Rücksicht einer Beschwerde über eine oder die andere Handlung des peinlichen Verfahrens der Oberrichter angegangen werden kann, in Rücksicht des definitiven Erkenntnisses hingegen kein anderer als der beschwerende Richter Statt haben soll.

§. 29.

Wie wenig aber dem Angeschuldigten mit dem Rechtsmittel der Vertheidigung gedienet sey, erhellet daraus noch klärer, daß die Entscheidung der Frage, ob ihm noch eine neue Vertheidigung zu gestatten sey, von eben dem Richter, der die Beschwerde zugefüget hat, abhängt. Man denke sich furchtsame, parteyliche, bestochene, feindselige Richter, oder irgend ein anderes leichtsinniges Gericht, welches die fernere Vertheidigung für gänzlich überflüßig erachtet, und rasch fortschreitet. Was soll hier der Angeschuldigte, da ihm das einzige noch übrige Mittel entrissen wird, anfangen, wohin soll sich der Elende von aller Hülfe entblößt wenden? Man wird mir sagen, zum Regenten. Allein wie wenig Hülfe sich der Angeschuldigte hierbey zu versprechen habe, ist schon aus dem angeführten aber noch mehr aus der Natur dieser Imploration ersichtlich.

§. 30.

Das Mittel der Supplication bey dem Regenten die Strafe zu mildern oder zu verändern ist kein

wahres

wahres Rechtsmittel. Durch das peinliche Urtheil fordere ich nicht Milde, ich fordere Gerechtigkeit; nicht, daß mir Gnade, sondern das mir Recht wiederfahre. Daß mir dieses ertheilet werde, dazu sind die Gerichte, nicht die Höfe der Fürsten vorhanden. Wem ist wohl das Rechtsbrocardicon unbekannt; Der Regent beschimpfet die, die er begnadiget 102)? Oeffentlich angeklagt will ich von der Mackel gereiniget, nicht beschimpfet seyn. Dem Verbrecher gewähret das Rechtsmittel der Supplication neue Zuflucht, dem Unschuldigen keinen Schutz. Man denke sich einen Fürsten, der sich aller Erkenntniß der Sachen enthält, der dem Gerichte, welches das Urtheil gefällt hat, die Sache wieder überläßt, und was die harten und noch nicht reformirten Gesetze öfters erfordern, niemals oder selten Gnade wiederfahren läßt. Man setze einen des Hochverraths Angeschuldigten, dem Fürsten mit den schwarzesten Farben beschriebenen Menschen. Man setze einen Mann, dessen Untergang der Regent beschlossen hat, den Hofluft athmende Richter verdammen. Man denke sich die Intriguen der Höfe, die Nachstellungen der Feinde, den Würfel der Gnade, und man wird einbekennen, daß das Mittel

102) *L. 3. C. de generali abolitione:* Indulgentia, quos liberat, notat, nec infamiam criminis tollit, sed poenae gratiam facit.

Mittel der Supplication ein sehr zweydeutiges, ungewisses ja sogar oft gefährliches Mittel sey.

§. 31.

Das Rechtsmittel der Nullität ist noch übrig, welches dem Angeklagten eine größere Zuflucht gewähren soll. Allein gleich bey dem ersten Anblicke scheinet der ganze Unterschied zwischen nichtigen und unbilligen Erkenntnissen zu den Distinctionen der Schule zu gehören. Zweytens werden wir in das Labyrinth der heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten verwickelt. Drittens muß auch gegen unbillige Erkenntnisse dem Angeschuldigten ein Rechtsmittel zustehen. Von den Nullitäten im allgemeinen haben mehrere 103), von den Nichtigkeiten in peinlichen

103) Pütter de nullitate theoria generalis in opusc. No. VII. de querelae nullitatis et appellationis conjunctione No. VIII.

Biedermann de vera sententiarum nullitate Lips. 1772.

Meyer de nullitate sententiarum sanabili et insanabili. Goetting. 1772.

Schnaubert Erörterung der Lehre von heilbaren und unheilbaren Nullitäten. Gießen 1780.

Weiss de causis et praescriptione querelae nullitatis Lips. 1781.

Gönner Handbuch des Processes. B. III. No. XLII. Ueber die Klage der unheilbaren Nichtigkeiten.

lichen Verfahren besonders Gröning 104) gehandelt. Nach Vorausschickung der allgemeinen Grundsätze der Lehre der Nichtigkeit werde ich insbesondere die Nichtigkeiten im peinlichen Verfahren betrachten, und wie wenig dem Angeschuldigten hierdurch geholfen sey, mit kurzem darthun.

§. 32.

Damit einmahl des Streitens ein Ende sey, haben die Gesetze die zehntägige Nothfrist festgesetzt, innerhalb welcher der unterlegene Theil das beschwerende Urtheil anfechten kann, und nach welchem gegen dasselbe kein Rechtsmittel mehr Statt hat 105). Indessen finden sich schon im römischen und canonischen Rechte mehrere Ausnahmen von dieser allgemeinen aufgestellten Rechtsregel. Dieselben sind vorzüglich in eigenen Titeln des Codex, welche Urtheile ohne Berufung aufgehoben werden, und wenn keine Provocation nothwendig sey, enthalten. Sie betreffen entweder die Bestellung des Gerichtes, die Person des Richters, der Parteyen und Procuratoren, oder die wesentliche Bestandtheile des Processes, oder

104) Gröning Diss. de eo, quod justum est circa nullitates judicii criminalis. Gottingae 1795.

105) *Nov.* 23. *cap.* 1. *Auth. Hodie C. de appellat et consultat* (VII. 62.).
L. 3. *C. de temp. et reparat. appell.* (VII. 63.)
C. 13. 15. *X. de sentent. et re jud.* (II. 27.).

oder selbst den Inhalt des Urtheils. Hieher gehört, 1) wenn das Urtheil von einem incompetenten Richter erlassen worden ist 106), 2) wenn die Parteyen das Recht, sie vor Gericht zu vertreten, nicht hatten 107), 3) wenn der Procurator keine Vollmacht hatte, noch die nachfolgende Genehmigung der Partey hinzu kam 108) 4) wenn das Urtheil gegen den nicht vorgeladenen Abwesenden oder Todten erlassen wurde 109), 5) wenn es an einem der wesentlichen Bestandtheile des Processes z. B. der Einlassung auf die Klage fehlet 110) 6) wenn das Urtheil unmögliche oder unanständige Dinge

---

106) *L.* 4. *C. quando prov. non est necesse.* (VII. 64.)
L. 1. *C. sia non comp. jud.* (VII. 48.)
L. un. C. qui pro sua jurisd. (III. 4.)
L. 4. *pr. D. quae sent. sine appell. resc.* (XLIX. 8.)

107) t. t. *C. Qui leg. pers. stand. in ju.* (III. 6.)

108) *L.* 56. *D. de jud.* (V. 1.) *L.* 24. *C. de procur.* (II. 13.)

109) *L.* 1. §. 3. *L.* 2. *D. quae sentent. sine appellat. rescind.* (XLIX. 8.)
L. 59. *D. de re jud.* (XLII. 1.)

110) *L.* 4. *C. de sent. et interloc.* (VII. 45.)
C. 8. *X. de dol. et contum.* (II. 14.)
C. un. X. de lit. contest. (II. 5.)
C. 2. *ut lite non contest.* (II. 6.)

ge 111) 7) wenn es einen bloßen Rechnungsverstoß, über den noch nicht besonders verhandelt, und vom Richter erkannt wurde, enthält 112) 8) wenn es weder losspricht, noch verurtheilt 113) 9) wenn es mit den Acten und der Klageschrift nicht übereinstimmt 114), 10) wenn es gegen vorhergängiges rechtskräftiges Urtheil streitet 115) oder 11) den offenbaren und klaren Gesetzen (jus in thesi) zuwiderläuft 116), nicht aber wenn bloß gegen die Rechte

111) *L.* 3. *D. quae sent. sine appellat. rescind.* (XLIX. 8.)

112) *L.* 1. §. 1. *D. eod.*

113) *L.* 1. *et* 6. §. 4. *L.* 27 *et* 29. *D. de re jud.* (XLII. 1.)
C. 24. *X. eod.* (II. 27.) *C.* 15. *X. de V. S.* (V. 40.)
L. 3. *et* 11. *C. de sent. et interloc.* (VII. 45.)

114) *L.* 18. *D. de communi. divid.* (X. 3.)
L. ult. D. de fideic. libert. (VII. 4.) *C.* 31. *X. de Simon.* (V. 3.)

115) *L.* 1. *pr. D. quae sent. sine appellat. rescind.* (XLIX. 8.)
L. 1. *C. quando provocare non est necesse* (VII. 64.)

116) L. 1. §. 2. D. *quae sentent. sine appellat. rescind.* (XLIX. 8.). Item cum contra sacras constitutiones judicatur, appellationis necessitas remittitur. Contra constitutiones autem judicatur, cum de jure constitutionis, non de jure litigatoris pronunciatur. Nam si index volenti se ex cura mune-

Rechte der Parteyen gesprochen, in Anwendung des Rechts auf das Factum gefehlet wurde 117). Hie-
her

muneris, vel tutelae, beneficio liberorum vel aetatis aut privilegii excusare, dixerit, *neque filios, neque aetatem aut nullum privilegium ad muneris vel tutelae excusationem prodesse:* de jure constituto pronuntiasse intelligitur. Quod si de jure suo probantem admiserit, sed idcirco contra eum sententiam dixerit, quod negaverit *eum de aetate sua, aut de numero liberorum probasse*: jure litigatoris pronuntiasse intelligitur: quo casu appellatio necessaria est.

L. 19. D. *de Apell. et Relat.* (XLIX. 1.) ibi. Si *expressim* sententia contra juris rigorem data fuerit, valere non debet, et ideo et sine appellatione causa denuo induci potest. Non jure profertur sententia, si specialiter contra Leges v. SCtum, vel constitutionem fuerit prolata. Unde si ex hac sententia appellaverit, et praescriptione submotus sit, minime confirmatur ex hac praescriptione sententia. Unde potest causa ab initio agitari. Conf. C. 1. X. de sent. et re jud. (II. 47.)

117) L. 2. C. *Quando provocare non est necesse* (VII. 64.) Si cum inter te et aviam defuncti quaestio de successione esset, iudex datus a praeside provinciae pronunciavit, *potuisse defunctum etiam minorem annis 14 testamentum facere ac per hoc aviam potiorem esse*, sententiam ejus contra tam manifesti juris formam datam nullas habere vires palam est, et ideo in hac specie nec provocationis auxilium necessarium fuit. — Quod si
de

her gehört auch 12) wenn das Urtheil, was sich aber der Natur der Wiedereinsetzung in vorigen Stand nähert, auf falsche Urkunden oder Zeugnisse gebauet war 118). Diese Erkenntnisse konnten innerhalb eines Zeitraums von dreyßig Jahren angefochten werden, und die Klage dargegen war nicht in dem engen Termine von zehn Tagen eingeschlossen.

§. 33.

Die Reichsgerichte und besonders das Reichskammergericht suchten, um das Privilegium der Inappellabilität zu umgehen, unter dem Vorwande der Nullität eine Menge von Sachen an sich zu ziehen. Viele Streitigkeiten wurden dadurch von ihrem Todesschlummer erweckt, und es entstanden gehäufte Beschwerden der Stände, denen man dadurch abzuhelfen suchte, daß man in der R. K. G. O. das Rechtsmittel der Nullität, wenn es mit der Appellation verbunden wurde, der nämlichen zehntägigen Frist

---

de aetate quaereretur, impleſſe deſunctum 14 annum et per hoc, *jure factum testamentum* pronuntiavit, nec provocaſti, aut poſt appellationis impletam cauſam deſtitiſti, rem judicatam retractare non debes.

Conf. *C.* 1. *et* 13. *X. de sent. et re jud.* (II. 47.) *et L.* 27. *de re jud.* (XLII. 1.)

118) *t. t. C. si ex falsis instrumentis vel testimoniis judicatum sit.* (VII. 58.).

Frist unterwarf, und in Rücksicht der eigentlichen Nullitäten eine besondere Verordnung machte 119). Allein dadurch war dem Uebel noch nicht abgeholfen. Denn nach dem römischen Rechte gab es Erkenntnisse, welche nicht ohne den größten Nachtheil und Verletzung der Parteyen innerhalb der zehntägigen Nothfrist rechtskräftig werden konnten, und daher auch an diese Nothfrist nicht gebunden waren. Es fehlte noch immer an einer allgemeinen charakteristischen Norm, woraus man, ob ein Urtheil bloß unbillig oder nichtig sey, hätte bemessen können. Der jüngste Reichsabschied führte daher den Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nullitäten ein. Zu den unheilbaren Nullitäten sollten diejenigen gerechnet werden, welche einen unheilbaren Mangel aus der Person des Richters oder der Parteyen, oder aus dem Wesentlichen des Prozesses nach sich führten 120), oder die, wie aus den Tractaten

119) K. G. O. 1555. Th. III. Tit. 34 u. 40.

120) R. A. v. J. 1654. Indem auch nunmehro von vielen Jahren her — vielfältig disputirt worden, ob sententia nulla, oder injusta sich erhalte, und zwar darum allein, daß a sententia nulla, in dreyßig Jahren die Klage prosequiret, a sententia iniqua aber intra decendium appelliret werden kann und soll: So soll zur Verhütung dergleichen unnöthigen Gezänkes in allen beyden d. i. a senten-

taten des R. A. erhellet, mehr aus den Subtilitäten und Formalitäten des Prozesses entstanden 121). Allein auch durch diesen Unterschied war nicht alle Schwierigkeit beseitiget. Es scheint, wie Pütter 122) richtig bemerket, eine petitio principii vorhanden zu seyn, was denn eigentlich ein unheilbarer Mangel sey. Denn wollte man das Urtheil heil-

sententia tam nulla quam iniqua das Fatale interponendae observiret, darüber auch hinführo bey unserem Cammergericht festiglich gehalten werden. Bey demjenigen Nullitäten aber, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters, oder der Partheyen, oder aus den substantialibus des Processes nach sich führen, verbleibt es bey der Disposition der gemeinen Rechten.

121) Vid. das Project vom November 1653. „Bey „der 11. Cautel wird es bey der Frankfurter „Deputirten Meynung, daß nämlich auch „*a sententia nulla intra decendium* appellirt „werden solle, *quoad nullitates ex formalitate* „*et subtilitate processus resultantes* gelassen. „So viel aber diejenigen *nullitates* betrifft, „welche *insanabilem defectum ex persona judi-* „*cis aut partium*, oder *ex substantialibus pro-* „*cessus* haben, bleibt es bey dem *jure communi*.“

122) De querelae nullitatis et appellationis conjunctione §. 20 et 22.

heilbar nennen, auf welches einer verzichten, oder welches er sich gefallen lassen könnte, so würde, da jeder auf sein Recht Verzicht leisten kann, gar kein Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten vorhanden seyn. Wollte man aber dasjenige Urtheil heilbar nennen, welches durch ein neues Erkenntniß ersetzet, oder gut gemacht werden könnte, so kann ja jeder Mangel durch ein neues Urtheil beseitiget werden. Man hat daher das characteristische Merkmahl in dem Mangel der wesentlichen Bestandtheile geleget, aber daraus entstand wieder ein neuer Streit. Einige hielten sich strenge an die Worte des R. A., und schlossen alle die Nichtigkeitsklage bey den Urtheilen aus, welche gegen klares und offenbares Recht liefen. Andere behaupteten, das römische Recht sey durch den Reichsabschied nicht aufgehoben, die Verordnung des einen sey noch kein Verboth des andern, und man müsse nicht den dürren Worten sondern dem Geiste des Gesetzes folgen. Diese Behauptung erhält dadurch ihr größtes Gewicht, daß Kopp 123) aus

123) in Decis. Tribun. Cassel. Tom. I. Decis. 118. n. 20. seqq.

Conf. Jaup de privilegiorum de non appellando S. R. J. statibus concessorum effectu quoad querelas denegatae seu protractae justitiae, mandata de administranda justitia et alia remedia. Giessen 1777. §. 8.

aus den Tractaten des R. A. und dem Conclusum der Reichsdeputation 124) zeigte, daß sich der Schluß der Reichsdeputation nicht bloß auf die in dem Reichsabschiede benannten Fälle, sondern auch auf den Fall, wo eigentlich gegen offenbare klare Gesetze gesprochen wurde, erstreckte, und der letzte Fall bloß aus Nachläßigkeit desjenigen, der den Reichsschluß aufsetzte, ausgelassen wurde. Wogegen die Vertheidiger der ersten Meynung 125) erwiedern, es müsse nach dem Gesetze, so wie es verkündet, nicht aber wie es gegeben worden sey, gesprochen werden. Aber darin liegt noch eine neue Schwierigkeit, daß das, was zum wesentlichen und zu den zufälligen Bestandtheilen des Prozesses gehöre, nirgends bestimmt ist, und dieß daher zum Theile aus der Natur der Sache, zum Theile aus den

---

124) Man sehe das daselbst angeführte Conclusum des Fürstencollegiums von 18 bis 20. Aprilis 1654. „Der Nullitäten halber wird wiederholt, daß ein Unterschied zwischen den nullitatibus wider das jus naturae laufend, und den nullitatibus juris positivi zu machen dergestalt, daß in diesen das Fatale decendii sowohl als in den appellationibus hinfüro statt haben, in jenen es aber wegen der Zeit, in welcher die Klage der Nullität einzuwenden, bey den gemeinen Rechten gelassen werden soll."

125) Schnaubert l. c. Danz G. P. §. 435. Grolmans Theorie des G. V. §. 136.

den positiven Verordnungen der Gesetze wieder hergeleitet werden muß 126).

§. 34.

Gönner, der sich um die Theorie des Prozesses so verdient gemacht hat, glaubt hierin einen ganz neuen Weg einzuschlagen 127). Es gebe gewisse Dinge, welche von der Willkühr der Parteyen keineswegs abhingen, denen daher auch dieselben nicht entsagen könnten. Ein Urtheil, welches von den Parteyen nicht genehmiget werden könne, sey nichtig, und da es durch die Entsagung der Parteyen nicht geheilet werden könne, unheilbar. Er nimmt zwey Gattungen von Nullitäten an, deren die eine den R. A., die andere besondere Constitutionen als Quellen erkennet. Die erste Gattung theile sich wieder in zwey Unterarten, je nachdem die Nullitäten in dem Recesse ausdrücklich oder stillschweigend anerkannt seyen. In Rücksicht der von dem Recesse stillschweigend anerkannten Nullitäten, schlägt er zwischen denjenigen; welche die Nichtigkeit

126) Nebst den angeführten Schriftstellern sehe man Gönner über die wesentlichen Bestandtheile des gerichtlichen Verfahrens — Von den Formalitäten und den Folgen ihrer Vernachläßigung auf Gültigkeit der Handlung im gerichtlichen Verfahren. Handb. des Proz. B. I. n. 13 und 14.

127) Handb. des Proz. B. III. n. 52.

keit der Urtheile gegen offenbare uud klare Gesetze behaupten, einen Mittelweg ein. Je nachdem das Urtheil den Gesetzen zuwider sey, auf welchen die Parteyen keinen Verzicht leisten konnten, sey eine unheilbare, im Gegentheile eine heilbare Nullität vorhanden. Es könne aber nur auf die Verordnungen offenbar verbiethender Gesetze wie z. B. den commissorischen Vertrag bey Pfändern und allem dem, was in das öffentliche Wohl einschlage nicht verzichtet werden. Alle übrigen Urtheile, wohin er auch das gegen rechtskräftig gewordenes Erkenntniß ergangene, dasjenige, welches einen Rechnungsverstoß enthält, und das mit den Acten und der Klagschrift nicht übereinstimmende Urtheil zählet, rechnet er unter diejenigen Urtheile, welche keineswegs unter die stillschweigenden Verordnungen des R. A. begriffen, hiemit auch an die zehntägige Nothfrist gebunden seyen.

§. 35.

Gönner häufet die Einwürfe und Schwierigkeiten, worin sich die Vertheidiger des angenommenen Unterschiedes zwischen einem Urtheile gegen klare offenbare Gesetze (jus in thesi) und gegen die fehlerhafte Anwendung der Gesetze (jus in hypothesi) verwickelten. Auch die preußische Gesetzgebung 128) hat diesen Unterschied angenommen, daß

128) Preussische G. O. Th. I. Tit. 16. §. 2. n. 2. S. 422. „Wenn in erster oder zweyter Instanz gegen

daß aber keine klare und bestimmte Grenzen festgesetzet worden seyen, hat bereits Grolman 129) bemerket. Erstens sagt Gönner, bey mangelnden Entscheidungsgründen könne man nicht wissen, ob das Urtheil gegen klare offenbare Gesetze (jus in thesi) streite, oder ob es sich bloß auf eine fehlerhafte Anwendung des Gesetzes gründe. Zweytens. Ein Urtheil, welches einen Unmündigen als mündig erklärt, und ihm die Befugniß zu testiren gibt, sey eben so wie jenes, welches einen als unmündig erkannten Unmündigen die Befugniß zu testiren zuspreche, gegen klare offenbare Gesetze, und bestehe nicht in bloßer fehlerhaften Anwendung derselben. Drittens, darauf, ob die Unbilligkeit und Unrecht-

---

„gen ein klares im allgemeinen Landrechte, oder in „den landesherrlich bestättigten Provincial-Gesetzbü-„chern enthaltenes Gesetz erkannt worden, und die „ordentlichen Rechtsmittel gegen ein solches Erkennt-„niß nicht mehr Statt finden, so kann dasselbe als „nichtig angefochten werden. Es ist aber zur Nichtig-„keitserklärung nicht hinreichend, wenn bloß behaup-„tet wird, daß gegen die Analogie der Gesetze gespro-„chen, oder daß die Entscheidung aus einem auf den „vorliegenden Fall nicht passenden Gesetze genommen, „oder daß das Gesetz nicht richtig erklärt, oder auf „den Fall nicht richtig angewendet worden.“ Conf. S. 240.

129) Grolman Theorie des G. V. §. 136. S. 202. Anmerk. a.

rechtmäßigkeit des Urtheils sogleich in die Augen falle, oder erst durch mühesame Untersuchung müsse eruiret werden, könne, wenn man nicht alle Grenzen zwischen ordentlichen und außerordentlichen Rechtsmitteln verwirren wolle, kein Unterschied gegründet werden. Viertens das römische Recht könne hier nicht in Anwendung gebracht werden, bey den Römern habe der Prätor die Rechtsnorm ausgesprochen, und die Anwendung des Rechts auf das herzustellende Factum dem judici pedaneo überlassen; heutiges Tages bediene sich aber kein Richter des Ausspruches der abstracten Rechtsformel mehr, sondern entscheide sogleich die Sache. Fünftens werde ein klares Gesetz vorausgesetzt, welches sey aber das Kennzeichen eines klaren Gesetzes? Sechstens die üble Anwendung des Gesetzes sey ein Fehler, es liege aber nichts daran, ob der Richter gegen den Inhalt des Gesetzes oder in Anwendung desselben in dem Major oder in dem Minor des juristischen Syllogismus einen Fehler begehe. Siebentens dem ganzen Unterschiede fehle es, wie schon längst Oldekop 130) bemerket habe, an einem logischen Grunde.

---

130) Classe 7. act. 13. de actione male judicati: „Abeat autor istius distinctionis in malam crucem, „quid enim differunt jus partis et jus scriptum in „judice calumnioso? Nonne totum jus gratia par- „tium et hominum scriptum est? Dabisne ullam „legem Orbis Romani, quae alio pertineat, quam „ad

Grunde. In beyden Fällen handle jedes Mahl der Richter gegen die Rechte der Parteyen. Achtens das Urtheil des Richters sey nichts anders, als die Erklärung, daß das Factum, worüber das Erkenntniß sollte gefällt werden, das nämliche sey als das Factum, welches das Gesetz voraussetze, da man aber Gleiches für Gleiches setzen könnne, so sey der Fehler des Richters, den er in Rücksicht des einen begehe, eben so wie der Fehler, den er in Rücksicht des andern begehe, anzusehen. Neuntens. Alle Erkenntnisse enthielten eine dreyfache Operation. Erstens sey das Factum herzustellen, nachdem das auf das Factum anzuwendende Gesetz aufzusuchen, endlich die Rechte und Verbindlichkeiten zu bestimmen, welche in dem vorliegenden Fall Statt hätten. Der Fehler gegen das erste, sey ein Fehler gegen die Gesetze des Beweisverfahrens; der Fehler in Rücksicht des zweyten ein Fehler gegen die Gesetze, wodurch die wesentlichsten Bestandtheile des Geschäftes regulirt würden; der Fehler gegen das dritte ein Fehler gegen die Gesetze, welche in Rücksicht der Wirkungen eines Rechtsgeschäftes Statt

---

„ad jus partis? Deus bone! quam crassus est error, „quem tamen Leguleiorum schola magno trahit „encomio, simpliciter nihil distinguens? Si enim „judex caussam partis gravat injuste, non potest „simul etiam non videri jus, quod de tali caussa „scriptum est, l esisse.“

Statt hätten, hiermit sey immer ein Fehler gegen klare und offenbare Gesetze vorhanden. Zehntens. Jede Verletzung könne nur in Widerspruch eines Gesetzes gedacht werden, hiermit sey die Eintheilung in Urtheile gegen das jus in thesi und jus in hypothesi, fehlerhaft, und könne eilftens der Fehler, den der Richter in Entwerfung des Urtheilsformulars begangen habe, die Wesenheit einer unheilbaren Nichtigkeit keineswegs ausmachen. So scharfsinnig auch alles dieß gesagt ist, so kann ich mir doch keineswegs diese Gründe eigen machen.

§. 56.

Denn was die Gönnerische Hauptidee die Entsagung der Parteyen betrift, so stimmt dieselbe weder mit der Natur der Sache, noch mit dem römischen Rechte, noch mit der Absicht der Verfasser des R. A. überein. Daß jedem Rechte entsagt werden könne, hat bereits Pütter bemerket, und um das von Gönner selbst angeführte Beyspiel zu wählen, so kann der commissarische Vertrag bey Pfändern nur auf Ansuchen der Partey, keineswegs aber von Amtswegen aufgehoben, und der unter den Parteyen deßhalb entstandene Rechtstreit verglichen, hiermit eben dadurch demselben entsagt werden. Den von Gönner festgesetzten Unterschied kennt das römische Recht nicht, denn nach demselben können jede den klaren und offenbaren Rechten zuwider laufende Erkenntnisse, ohne allen Unterschied,

schied, ob denselben renunzirt werden könne, oder nicht, als nichtig angefochten werden. Sie werden nicht aus dem Grunde, weil hierin die Parteyen ihren Rechten nicht entsagen könnten, sondern aus dem Grunde, weil sie gegen das klare Recht laufen, und das, was den Gesetzen zuwider ist, keine Kraft hat, nichtig erkläret. Auch stimmt diese Lehre nicht mit der Absicht und dem Geiste des Reichsabschiedes überein. Die Verfasser desselben sahen hierbey auf die bloße Billigkeit, und glaubten, daß vorzügliche Verletzung der Richter durch außerordentliche Rechtsmittel müßten geheilet werden. Dieß zeigt der Gegensatz, den sie zwischen den Nullitäten, die wider natürliches Recht und Billigkeit und denjenigen machen, welche mehr gegen die Förmlichkeiten des positiven Rechts laufen, und wodurch der Pommerische Gesandte der Stimme des Baierischen, der allen Unterschied zwischen nichtigen und unbilligen Urtheilen verbannt wissen wollte, zu begegnen suchte 131).

§. 37.

Gegen Gönners Einwürfe mögen, um uns von dem aufgesteckten Ziele nicht zu weit zu entfernen, nur einige kurze Bemerkungen dienen. 1. Wenn es auch aus dem Urtheile nicht erhellet, ob gegen klare

131) v. Meiern Acta Pac. Ratisbon. T. II. p. 150.

klare und offenbare Gesetze gesprochen worden sey, so erhellt es doch gewiß aus den Acten. 2. Das Erkenntniß, wodurch ein Unmündiger testamentsfähig erklärt wird, ist gegen offenbare Gesetze, das Erkenntniß, wodurch ein Unmündiger als mündig erklärt wird, gründet sich bloß auf einen in Rücksicht der Eruirung des Factums begangenen Fehler, der letztere Fehler ist aber weit geringer als der erste. Es wird hierbey immer ein zweifelhaftes Factum vorausgesetzt, denn wenn das Erkenntniß gegen das klare Factum gefällt wurde, so ist es weder mit dem Libelle noch den Acten übereinstimmend, und daher auch nichtig. 3. Daß zwischen einem größeren und geringeren Fehler irgend ein Unterschied sey, fordert schon die Billigkeit. 4. Wenn sich gleich die Richter nicht mehr des Ausspruches des abstracten Rechtssatzes bedienen, so zeigt doch die Untersuchung der Sache selbst, ob gegen klare Gesetze gesprochen worden sey. 3. Die Kriterien zwischen klaren und dunkeln Gesetzen sind bestimmt, und man würde allen Unterschied zwischen klar und dunkel und die ganze Lehre von Gesetzen, bey welchen Interpretation eintritt, und wo keine Statt hat, aufheben, wenn man hieran nur im geringsten zweifeln wollte. Zwischen dem, der den Sinn eines zweifelhaften Gesetzes nicht erreicht, und dem, der mit Hintansetzung der klaren und deutlichen Verfügung der Gesetze verfährt, ist ein sehr großer Unterschied. 6. Durch das unbillige Urtheil des Richters werde ich

ich zwar eben so verletzet, als durch das nichtige Urtheil; in Rücksicht der Verletzung ist daher kein Unterschied, wohl aber in Rücksicht der Art und Weise derselben vorhanden. Damit die Parteyen nicht gänzlich der blinden Willkühr der Richter überlassen würden, und die untergeordnete Auctorität der Richter sich über die Verordnungen der Gesetze hinaussetze, haben die Gesetze den Parteyen, in den Fällen, wo das Verfahren des Richters keineswegs entschuldiget werden kann, wo es offenbar da liegt, daß der Richter seiner Willkühr und nicht der klaren Verordnung der Gesetze gefolget sey, und das, was die Natur und Wesenheit des gerichtlichen Verfahrens mit sich bringt, vernachläßiget habe, einen freyeren Spielraum und eine geräumigere Frist zur Anfechtung des Urtheils gestattet. 7. Nicht in der Verletzung der Partey, sondern in der auffallenden und zu schreyenden Art der Verletzung liegt der Grund des angenommenen Unterschiedes. 8. Das von Gönner aufgestellte Argument hat den Fehler, daß hierin von einer Sache auf eine ganz andere und verschiedene Sache der Schluß gemacht wird. Wenn gegen das klare Recht (jus in thesi) die deutliche Verordnung der Gesetze gesprochen wird, so wird keineswegs das Factum unter einem Gesetze subsumirt, das Argument gründet sich daher auf eine falsche Voraussetzung. Der Gegenstand der Gesetze sind Rechte und Verbindlichkeiten, ein anderes ist es aber gegen die von klaren Gesetzen constituirten

Rechte

Rechte und Verbindlichkeiten handeln, ein anderes ist es, in Subsumtion des Factums einen Fehler begehen, es ist daher verschiedenes und nicht einerley Verfahren vorhanden. 9. Das von der dreyfachen Operation des Richters entnommene Argument vermischet das gerichtliche Verfahren mit den klaren und deutlichen Verordnungen der Gesetze, und den daraus entspringenden Rechten und Verbindlichkeiten der Parteyen. Ob und in wie ferne bewiesen worden sey, welchen Sinn ein zweifelhaftes Gesetz habe, die Anwendung des Factums auf das Gesetz ist eine Sache des Urtheils; klaren Gesetzen zuwider handeln ist Zeichen der höchsten Unwissenheit oder bösen Absicht. 10. Das nämliche gilt auch von dem zehnten Gönnerischen Argumente. 11. Der Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten gründet sich nicht auf die Form, sondern auf den Inhalt des Urtheils. 12. Nach der Gönnerischen Theorie wurde die ganze Lehre des Staatsrechts von dem Recurse von der richterlichen an die gesetzgebende Gewalt ganz und gar aufhören. Denn entweder dürfte der Recurs in allen Fällen ergriffen werden, oder es müßte derselbe, da nach Gönner alle Beschwerden der Richter gegen die klaren und offenbaren Verfügungen der Gesetze sind, in allen und jeden Fällen Statt haben. 13. Da Gönner selbst die Nichtigkeitsklage bey Urtheilen in Sachen, worauf nicht verzichtet werden könne, gestattet, so nimmt er eben dadurch eine gewisse

Gat-

Gattung von Urtheilen gegen das clarum jus in thesi selbst wider seine dagegen gemachte Einwürfe an.

§. 38.

Auch in Criminalsachen kommt die Richtigkeitsklage und daher kommen auch die nämlichen Schwierigkeiten vor. Da kein verdammendes Urtheil in die Rechtskraft übergeht 132), und wenn die Unschuld des Verurtheilten nur immer bewiesen werden kann, zu jeder Zeit wieder aufgehoben werden muß, so ist sie blos darin von der Berufung unterschieden, daß sie an die Reichsgerichte mit der Wirkung, daß das Urtheil, so lange, bis über die Nullitätsbeschwerde erkannt ist, nicht in Vollzug gebracht werden kann 133). Die Richtigkeiten oder die in Rück-

132) *Tot. tit. Dig. et Cod. de sent. passis.* (XLVII. 23.) et (IX. 51.) *L.* 1. *§.* 27. *D. de quaestionibus* (XLVIII. 18.) J. H. Böhmer de sententiis in rem judicatam non transeuntibus Exercit. ad D. Tom. V. Exercit. LXXXVII. §. 40.

Koch instit. jur. crim. §. 457.

133) K. G. O. v. J. 1555. Tit. 31. §. 14. Deckher ad O. C. p. 230. n. 104. Sonsten wenn der Kopf herunter ist, läßt sich derselbe mit Nullitätsprocessen nicht wieder aufsetzen. Oldekop Observ. crim. Tit. V. Obs. I. De appellationibus in criminalibus,

Rücksicht der wesentlichen Bestandtheile begangenen Fehler betreffen entweder die Hauptpersonen oder den Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens, oder die Verfahrungsart. Wenn der Angeschuldigte ganz und gar keiner Zurechnung fähig ist, wenn der peinliche Ankläger die Befugniß im Gericht aufzutreten, wenn der Richter die erforderlichen Eigenschaften nicht hat, so ist eine Nichtigkeit in Rücksicht der Personen, welche das Gericht constituiren, wenn es an dem Thatbestand oder der Existenz des Verbrechens (corpus delicti) fehlt, dasselbe wie z. B. die Zauberey zu unmöglichen Dingen gehört, so ist in Rücksicht des Objects, wenn es an einer Handlung, ohne welche das Corpus oder die Existenz des Verbrechens nicht hergestellt werden kann, z. B. an der legalen Section 134), ausgenommen der Getödete wäre an der empfangenen Wunde augenblicklich gestorben, oder an einer solchen Handlung fehlet, in dessen Ermanglung der Angeschuldigte des Verbrechens nicht überzeugt ist, oder gegen klare und deutliche Gesetze gesprochen, oder

---

nalibus, nec non nullitatis querela, et an per hanc suspendatur executio.

Cothmann Vol. I. resp. 7. n. 152 et seqq.

134) M. s. Quistorp's Grundsätze des D. peinlichen Rechts Th. II. §. 602. sit. Conf. Meisteri princ. Jur. crim. §. 382. not. a.

oder ein solches Formale, welches die Gesetze unter der Strafe der Richtigkeit zu beobachten gebiethen, und seine Wirkungen in Rücksicht der ganzen Sache äußert, nicht beobachtet wurde, so ist in Rücksicht des peinlichen Verfahrens eine unheilbare Richtigkeit vorhanden. Daß ein in peinlichen Sachen gegen klares und offenbares Recht (jus in thesi) gefälltes Urtheil mit einer unheilbaren Nichtigkeit behaftet sey, ist in der Reichskammergerichts-Ordnung ausdrücklich enthalten, welche der dritten Klasse von Nullitäten diejenigen Erkenntnisse beyzählt, wodurch sonst wider natürliche Vernunft und Billigkeit erkannt würde 135). Allein da der jüngste Reichsabschied jünger als die Reichskammergerichts-Ordnung ist, so kommen auch hier die nämlichen Meynungen, welche vorhin mit ihren Gründen aufgezählt wurden, wieder zum Vorschein, und verwickeln den Angeschuldigten in die nämlichen Zweifel und Verworrenheit.

§. 39.

Die Wirkungen der Nichtigkeiten in peinlichen Verfahren führt Gröning 136) mit mehreren aus

135) K. G. O. v. J. 1555. Tit. 31. §. 14. ibi. oder sonst wider natürliche Vernunft und Billigkeit. Mevius P. II. D. 272. n. 10.

136) l. c. Sect. II. §. 8. usque ad finem.

aus. Sie reduciren sich kurz darauf. Sie äußern sich in Rücksicht des Angeschuldigten, des Anklägers und des Richters. In Rücksicht des Angeschuldigten kömmt der eigentliche Strafpunct und die Entschädigung des Damnificaten zur Sprache. Was den Strafpunct oder das peinliche Gericht betrifft, so ist eine Nichtigkeit in Rücksicht des eigentlichen Verfahrens, des Gegenstandes oder der Personen vorhanden. Die Nichtigkeit in Rücksicht des Verfahrens hat entweder bey dem Urtheile selbst oder irgend einem anderen Theile des richterlichen Verfahrens Statt. Im ersten Falle ist das Urtheil entweder für den Angeschuldigten günstig oder nicht. Das für den Angeschuldigten günstig ausgefallene Urtheil kann, wenn es bloße Lossprechung von der Instanz enthält, so wie ein bloß interlocutorisches Urtheil zurückgenommen werden 137) aber keineswegs das Urtheil, welches den Angeschuldigten gänzlich von dem Verbrechen frey spricht 138), es sey denn, es ergeben sich nachher neue Anzeigen, oder es sey ein wahres nichtiges und kein blos unbilliges Urtheil vorhanden, in welchem Falle bey hinlänglich instruirter Sache ein neues Urtheil zu fällen, bey nicht

137) Quistorp l. c. §. 776.

138) *C.* 6. *X. de accusat.* (V. I.) ibi: de his criminibus, de quibus absolutus est accusatus, non potest accusatio reiterari.

nicht gehörig instruirter Sache dieselbe vorher vollkommen zu instruiren, und hierauf auf das neue zu sprechen ist 139). Das gelindere verdammende Urtheil kann nicht mehr aufgehoben 140), das beschwerende zu jeder Zeit angefochten werden 141). Ergibt sich in irgend einem anderen Theile des peinlichen Verfahrens ein Fehler, wodurch der Angeschuldigte beschwert ist, so ist die heilbare Nichtigkeit durch Wiederholung der Handlung zu beseitigen 142); bey unheilbaren, wo es z. B. an der Existenz des Verbrechens fehlt, folget das vollkommen lossprechende Erkenntniß, bey minder oder größerem Grade der Wahrscheinlichkeit die Lossprechung von der Instanz 143). Wenn bey hergestellter Existenz des Verbrechens die vorgegangenen Fehler den Angeschuldigten beschweren, aber den Endzweck des Gerichts nicht verhindern, so hat der

---

139) Meister princ. jur. crim. §. 452.

140) *L.* 45. §. 1. *D. de re judicata* (XLII. 1.) de amplianda vel minuenda poena damnatorum post sententiam dictam sine principali auctoritate nihil statuendum.

141) vid. t. t. *D. de sentent. passis et restit.* (XLVIII. 23.).

142) Gegentheiliger Meynung ist Claproth. Grundsätze von Verfertigung der Relationen. §. 204. not. c. p. 298.

143) Quistorp l. c. §. 600 et 601.

Angeschuldigte eine Interessenklage gegen den Richter; verlangt das Verbrechen eine Strafe, so hat mildere Strafe Statt, ist die Strafe schon überstanden, so wird dieselbe als überstanden erklärt. Ergibt sich in Rücksicht des Gegenstandes des peinlichen Verfahrens ein Mangel, es existirt das Verbrechen ganz und gar nicht, so wird der Angeschuldigte vollkommen losgesprochen. Hat ein Mangel in Rücksicht der Personen Statt, ist der Richter incompetent oder unfähig, sind die zur Constituirung des peinlichen Gerichts erforderlichen Personen nicht beygezogen, so zerfällt das Gericht als nichtig, und tritt die Lossprechung von der Instanz ein 144). Mangelt es dem Angeschuldigten an aller Zurechnung, so ist

144) Nisi quoad hunc posteriorem casum, sagt Grösning, agnoscat delinquens judicium ita constitutum, praetereaque ex actis appareat, judicem coeteroquin legitime processisse, ita ut fides ei habenda, nec aliquid circa caussam instruendam desiderandum sit, quo casu, ne mora adferatur decisioni, agnitio judicii admittenda videtur. Hiemit stimmen überein Quistorp l. c. §. 541. Kress ad art. 1. C. C. C. de Böhmer ad art. 1. C.C.C. Meister in peinl. Proceß. S. 64. Pufendorf in processu crim. C. 5. §. 22. Gönner ist gegentheiliger Meynung, welcher l. c. B. III. §. 25. p. 372. behauptet, wenn zu dem peinlichen Gerichte neun Personen erfordert werden, und es fehle eine oder die andere, so sey das Urtheil unheilbar nichtig.

ist das peinliche Urtheil mit einer unheilbaren Nichtigkeit behaftet, und kann zu jeder Zeit angefochten werden. In Rücksicht des Mangels, der sich in der Person des Klägers äußert, hat die lossprechung von der Instanz Statt. Die dem Angeschuldigten gebührende Genugthuung wird durch die Aquilische oder durch die Injurienklage verfolget, der Verlust der Zeit angerechnet, und die Wiederherstellung der Ehre wegen des erlittenen Schimpfes gefordert. Dies alles hat gegen den Urheber der zugefügten Injurie, gegen verwegene Ankläger oder Denuntianten, den Richter, ja sogar subsidiarisch gegen den Staat Statt. Was den Ankläger betrifft, so sind die Wirkungen des sich ergebenden Fehlers passiv oder activ, je nachdem sie ihn zu Forderungen berechtigen, oder zu leistungen verbinden. Der Ankläger, welcher zu diesem Fehler selbst die Veranlassung gab, ist dem Angeschuldigten zum Schadenersatze verbunden, und wird noch dazu mit einer willkührlichen Strafe belegt, gab er hierzu keine Veranlassung, so ist der Richter tenent. Die activen Wirkungen äußern sich darin, daß er den Schadenersatz, der ihm aus der ungerechten lossprechung des Angeschuldigten zugeht, von dem unrechtmäßiger Weise verfahrenden Richter fordern, und sich gegen die Strafe der Prävarication durch Ausführung der Ungerechtigkeit des Urtheils schützen, ja sogar der Beschädigte, der dem peinlichen Prozeß blos adhärirte, bey erfolgter Freysprechung

des

des Angeschuldigten appelliren, und seine Genugthuung im Civilprozesse verfolgen kann. Die Wirkungen, welche aus dergleichen Mängeln für den Richter entstehen, sind auf jeden Fall für ihn unangenehm, er muß dem Beschädigten, es sey nun der Ankläger oder der Angeschuldigte, und ihren Erben Schadensersatz leisten, er ist aus den Verbrechen seiner Untergebenen subsidiarisch verbunden, er trägt die umsonst aufgelaufenen Prozeßkosten, und er unterliegt noch überdies nach Verhältniß der ihn treffenden Nachläßigkeit und Schuld einer bald größeren bald geringeren Strafe.

§. 40.

Doch genug dieser juristischen Theorien und Ausführungen. Was kann sich wohl der Angeschuldigte bey diesen Streitigkeiten von dem Rechtsmittel der Nullität versprechen? Fällt er in die Hände derjenigen, welche die Nichtigkeitsklage nur in Rücksicht des Formellen des peinlichen Verfahrens zulassen, so ist er in vielen Fällen so viel als verloren. Erkennt der gravirende Richter noch überdies, ob diese Nichtigkeitsklage zuläßig oder unzuläßig sey, was hat hier der Angeschuldigte für eine Hilfe? Wer setzt ihm den Kopf auf, wenn er herab ist, wer nimmt dem Rücken die erhaltenen Streiche, wer ersetzt dem Gefangenen die im Kerker vertrauerten Tage? Bey solchen Umständen will ich mich lieber dem eisernen Schicksale, das mich in die Hände solcher

cher Richter warf, das mich in einen solchen Verdacht des Verbrechens setzte, unterwerfen, und in dem Tode die Ruhe aller erlittenen Beschimpfungen und Qualen suchen, als mich einem neuen ungewissen formularischen und zweydeutigen Verfahren aussetzen. Aber es werde auch in den Fällen, wo gegen das klare Recht gesprochen worden, der Nichtigkeitsklage Statt gegeben, so ist doch nicht alles gewonnen. Die Berufung ist immer wohlthätiger als die Nichtigkeitsklage. Auch durch ein unbilliges Urtheil des Richters kann ich verletzt seyn. Gegen das unbillige Urtheil des Richters steht mir im Civilprozesse das Rechtsmittel der Berufung zur Seite, daß mir in peinlichen Sachen ein eben so sicheres Rechtsmittel zustehe, dazu habe ich als Staatsbürger ein offenbares Recht, welches mir nicht durch leere Meynungen von Rechtsgelehrten und schlechte Gesetze genommen werden kann. Hierzu kömmt, daß die Erkennung von Nullitätsprozessen äußerst schwer hält 145), und daß die Sache nach aufgehobener Nullität an den vorigen durch sein nichtiges Verfahren bereits verdächtigen oder ungeschickten Richter zurückgeht.

§. 41.

Man wird mir den Einwurf machen, daß es Sache des Gesetzgebers sey, andere Gesetze zu machen,

---

145) Roding Pandectae camerales lib. 3. tit. 11. n. 15. p. 559.

chen, die Reichsgesetze und Deutschlands allgemeine und uralte Gewohnheit verwärfen die Appellation, das, was dafür auch immer gesagt würde, sey daher mehr Sache für den Gesetzgeber als für den Rechtsgelehrten. Allein, wenn ich auch das zugebe, so ist auch dahin mein hauptsächliches Bestreben gerichtet. Uebrigens ist das, was hier vorgebracht, von keinem solchen Gewichte, daß sich dagegen nichts mehr erinnern ließe.

§. 42.

Denn die Reichsgesetze sind blos für die beyden Reichsgerichte gegeben, und wie behutsam man in seinen Schlüssen von den Reichsgerichten auf die reichsständischen Gesetze seyn müsse, hat bereits Gönner 146) sehr richtig bemerket. Denn von allem dem, was blos die reichsgerichtliche Verfassung betrifft, was blos in Beziehung auf besondere Eigenschaften des reichsgerichtlichen Verfahrens Statt hat, was sich blos auf die Begründung der reichsgerichtlichen Gerichtsbarkeit mit Uebergehung der Austrägal-Instanz beziehet, in Rücksicht dessen ein besonderer Grund in Beziehung auf die reichsständische Würde und Landeshoheit eintritt, kann kein Schluß auf die Terri-

146) Erörterungen über den gemeinen Prozeß. Bamb. 1799. N. 11. Der Satz Reichsgesetze sind eine Quelle des gemeinen Prozesses, muß mit Vorsicht angewendet werden. p. 5. et seqq.

Territorial-Gerichte gemacht werden. Aus diesen Grundsätzen wird auch erhellen, daß der Schluß von der Unzuläßigkeit der Appellation an die Reichsgerichte auf die Unzuläßigkeit derselben in reichsständischen Territorien falsch sey. Es treten hier die nämlichen Gründe ein, welche bereits oben gegen Hugo angeführt wurden. Die unendliche Menge peinlicher Sachen, mit denen die Reichsgerichte überhäuft würden, die Weitläufigkeit des reichsgerichtlichen Verfahrens, die Gefahr, daß der Angeschuldigte während dieses Prozeßes sterbe, die daher zu befürchtende Straflosigkeit der Verbrechen, und deßhalb größere Gewalt der Reichsstände in Bestrafung der Verbrechen, zeigen die Gründe dieser Verfassung, und enthalten zugleich, da sie in reichsständigen Territorien nicht anwendbar sind, den hinlänglichen Grund, warum von der Verfassung der Reichsgerichte kein Schluß auf die Inappellabilität in Criminalsachen in Reichsständischen Territorien zu machen sey.

§. 43.

Daß sich die Reichskammergerichts-Ordnung auf den Receß v. J. 1530. beziehe, worin blos der alten Gewohnheit, daß in Criminalsachen keine Appellation Statt habe, gedacht wird, daß das Gesetz allgemein rede, daß dadurch, daß die Appellation an das Reichskammergericht ausgeschlossen sey, dieselbe nicht in den reichsständischen Territorien

rien ausgeschlossen sey; daß dieß durch die Rubrik des Titels, welche blos von denjenigen Sachen handle, worin nicht an das Kammergericht appelliret werden könne, noch mehr bestättiget werde, hat Oldekop 147) schon lange bemerket. Wernher 148) beschuldiget ihn hierin eines Irrthums, indem die Einrichtung des Kammergerichtes in das Ende des 15ten Jahrhunderts falle, und der angeführte Receß schon im 16ten Jahrhunderte errichtet worden sey, hiemit unter der uralten Gewohnheit eine andere und allgemeinere Gewohnheit müsse verstanden werden, übrigens der Text mehr als die Aufschrift des Titels enthalten könne. Allein dem sey, wie ihm wolle, die Worte des Gesetzes sind blos enuntiativ, nicht dispositiv. Die Absicht der Reichsgesetze ist blos darauf gerichtet, daß der Appellation in Criminalsachen an das Kammergericht nicht deferirt werde. Und diese befolgen wir, ohne auf den irrigen Grund des Gesetzes zu sehen. Daß keine uralte und durchgehends in Deutschland Statt habende Gewohnheit vorhanden sey, hat aus den verschiedenen oben angeführten Landesverordnungen erhellet. Und wenn auch diese vorhanden wäre, so läßt dessen ungeachtet die Praxis die Appellation in dem accusatorischen Prozesse zu. Woraus ich folgendes

---

147) l. c. §. 10. p. 5.

148) l. c. C. V. §. 1 — 4.

des schliesse. Erstens daß entweder eine schwankende und daher gar keine eigentliche Observanz, oder eine Observanz gegen eine Observanz vorhanden sey; Zweytens daß die Reichskammergerichts-Ordnung blos von der Appellation an die Kammer rede, denn sonst müßte, wenn die Sache ganz nach der uralten Gewohnheit bemessen werden sollte, im accusatorischen Prozesse gar keine Appellation, oder diese Appellation im accusatorischen Prozesse eben so gut bey dem Reichskammergerichte Statt haben. Wäre auch eine solche Gewohnheit vorhanden, so läßt sich kein Grund absehen, warum sie länger sollte beybehalten werden. Denn was durch Irrthum zuerst eingeführt und nachher in der Praxis beobachtet wurde, kann in keinem Zeitraume rechtliche Kraft erlangen 149).

§. 44.

Wir müssen noch von den Ausnahmen handeln, welche in der Natur der Sache selbst liegen. Es gibt Fälle, wo die Zeitumstände fordern, daß die Strafe schleunig den Verbrecher treffe, daß, allgemeiner Schrecken die Gemüther ergreife, und der Keim des Verbrechens in seiner ersten Geburt erstickct werde. Es sey offenbarer Tumult und Aufstand vorhanden, der nicht anders als durch den

Tod

149(*L. 39. D. de legibus, Senatusque consultis et longa consuetudine* (I. 3.)

Tod des Hauptanführers gestillet werden kann; der Heersführer ziehe gegen den Feind, und ein aufrühverisches Corps versage ihm den Gehorsam; die Disciplin in der Armee sey gänzlich zerrüttet, und könne nicht anders als mit der äußersten Schärfe hergestellt werden; der Staat sey mit Räubern, Giftmischern und Meuchelmördern überschwemmt, und seine Reinigung fordere einen Sixt den Fünften; die höchste Noth und den öffentlichen Jammer vermehre wie unter Lissabon's Ruinen die Frechheit der Räuber und Diebe; die vom Feinde belagerte, der Hungersnoth ausgesetzte Stadt verlange die schärfesten Gesetze des Befehlshabers. Hier ist mehr auf den Hauptzweck als auf das Individuum zu sehen, hier ist von der Regel abzuweichen, und das allgemeine Wohl die öffentliche Ruhe und Sicherheit auf jede mögliche Art zu erreichen und herzustellen. In diesen Fällen leidet die Regel, daß es besser sey, zehn Schuldige ungestraft zu lassen, als einen Unschuldigen zu strafen, keine Anwendung. Hier muß uns vielmehr, wenn einer bey dem beßten Willen und doch durch ungerechtes Urtheil des Richters fällt, die Betrachtung trösten, daß er als Schlachtopfer der Gesetze falle, durch deren allgemeine Energie das Wohl des Ganzen erhalten wird. Die nämlichen Grundsätze haben auch die Römer, ja, da gleiche Umstände gleiche Maßregeln erfordern, alle Völker befolget. Was die übrigen Ausnahmen und besonders diejenige betrifft, welche des Verbrechens

gestän-

geständig und überzeugt sind, welche die Gesetze daher, so wie die des Verbrechens gewöhnte Menschen der Rechtswohlthat der Berufung unwürdig machten, so glaube ich sey dennoch auch in diesen Fällen die Observanz der Sachsen und Preußen zu beobachten, welche nach Leysers 150) und Kleins 151) Zeugnisse auch in diesem Falle die Appellation gestatten. Denn wenn auch in Rücksicht der Existenz und des Urhebers des Verbrechens kein Zweifel mehr obwaltet, so hat doch nach Verschiedenheit bald eine geringere bald eine größere Strafe Statt, wodurch der Verurtheilte beschweret seyn kann.

§. 45.

Es ist nur noch zu untersuchen, ob bey jedem Schritte des peinlichen Verfahrens die Appellation Statt habe, an welches Fatale die Berufung zu binden sey, wem die Appellation zustehe, ob bey eingelegter Appellation die gelindere Strafe in eine härtere könne verwandelt werden kann, welchem Gerichte die Revision in Criminalsachen zu überlassen sey, wie viele Instanzen festzusetzen, und welchen Strafen nach dem Römischen Rechte diejenigen Richter unterworfen seyen, welche der eingelegten Berufung in Criminalsachen nicht deferiren?

§. 46.

150) Meditat. ad Pandect. Spec. DCLV. Medit. 66.

151) Grundsätze des gemeinen deutschen peinlichen Rechtes. §. 574.

§. 46.

Dem Angeschuldigten sind durch die Gesetze zu viele Vertheidigungen gestattet, die eine zur Abwendung der Haft, die andere zur Abwendung der Special-Inquisition, die dritte an den Orten, wo das Ungeheuer der Tortur noch Statt hat, zur Abwendung der Tortur, die vierte und hauptsächlichste zur Abwendung der Strafe. Kleinschrod 152) schränket daher mit Recht den zu häufigen Gebrauch der Defensionen ein, gestattet gegen einzelne Handlungen des peinlichen Prozesses keine förmliche Vertheidigung, und gibt blos dem Beschuldigten, der sich durch das Verfahren des Richters während des Prozesses beschwert glaubt, die Befugniß, seine Gründe zu Protocoll zu geben, und wenn der Richter darauf keine Rücksicht nimmt, sich bey dessen nächsten Oberrichter zu beschweren. Der nämliche Grund tritt auch bey der Berufung ein. Denn wenn in jedem Theile des Prozesses dem Beschuldigten die Befugniß zu appelliren mit der suspensiven Wirkung erlaubt wäre, so würde die Untersuchung erst nach langer Zeit geschlossen werden können, die Beweise würden verlohren gehen, die Mittel die Wahrheit zu erforschen, dem Richter aus den Händen gehen, und der Endzweck der Strafe selbst vereitelt werden. Des-

---

152) a. a. O. §. 2612. Gegen einzelne Handlungen des peinlichen Prozesses wird keine förmliche Vertheidigung gestattet. Conf. §. 2760.

Deßwegen ließ auch das römische Recht von einem bloßen Zwischenbescheide, ausgenommen der bevorstehende Nachtheil könnte durch das Definitivurtheil nicht wieder gut gemacht werden, weder im Civil- noch im Criminal-Prozesse, sondern blos von dem Endurtheile die Appellation zu, eine Verordnung, der ich bereits oben meinen ganzen Beyfall gegeben habe. Ein Beyspiel giebt die Tortur und die Specialuntersuchung wegen der von den Gesetzen damit verbundenen Rechtsnachtheilen ab; obwohl ich, wenn ich ein Gesetz zu geben hätte, der Specialuntersuchung alle nachtheiligen Wirkungen benehmen, und dagegen die Berufung wenigstens nicht mit suspensiver Wirkung keineswegs gestatten würde. So wie die Berufung in Criminalsachen angenommen wird, so halte ich auch alle fernere Vertheidigung ganz überflüßig, ausgenommen in dem Falle, wo dieselbe ganz neue in den vorhergehenden Acten noch nicht enthaltene Thatumstände enthalten würden.

§. 47.

Es scheint eine ganz überflüßige Sache zu seyn, von den Fatalien der Appellation in Criminalsachen zu sprechen, da Criminalurtheile niemals in Rechtskraft übergehen, und zu jeder Zeit die Unschuld des Verurtheilten bewiesen, und hiermit das Urtheil angefochten werden kann; der Endzweck aber der Berufung dahin geht, daß das gefällte Urtheil in Rechtskraft nicht übergehe. Allein das in Criminalsachen

gefällte

gefällte Urtheil muß einen Ausgang haben, und die Vollziehung der Strafe kann nicht zu lange verschoben werden. Der Satz, daß Urtheile in peinlichen Sachen nicht in Rechtskraft übergehen, will weiter nichts sagen, als daß nach verkündetem Urtheile die Unschuld des Verurtheilten zu jeder Zeit, ohne Rücksicht auf die zehntägige Nothfrist bey noch nicht vollzogener Strafe dargethan werden, und der Verurtheilte nach erlittener Strafe, wenn er nicht mit dem Tode bestraft wurde, Wiedereinsetzung in vorigen Stand als Gerechtigkeitssache nach bewiesener Unschuld ohne Rücksicht auf die Rechtskraft des Urtheils, und im Falle der Verurtheilte mit dem Tode bestraft wurde, dessen Familie und Erben die Ehren- und Unschuldserklärung des Verstorbenen verlangen können. Und so widerspricht sich die Festsetzung einer Nothfrist für die Berufung in peinlichen Sachen, zur Aufschiebung des Vollzuges des Straferkenntnisses, und der Satz, daß das Urtheil zu jeder Zeit angefochten werden könne, keineswegs.

Die nämlichen Gesetze, welche die Berufung in Criminalsachen zu lassen, bestimmen auch das Fatale der Appellation. Die L. 2. § ult. D. quando appellandum fit, verordnet, daß die Verwandten des zum Tode verurtheilten am zweyten Tage nach verkündetem Urtheile appelliren sollen 153), und

153) *L. 2. §. ult. D. quando appellandum sit* (XLIX: 4.) Macer si pro eo, qui capite puniri jussus

und die L. 29. C. de appellationibus nimmt die Appellation nur dann an, wann die gehörige Zeitfrist eingehalten worden sey. Diese zweytägige Zeitfrist wurde von dem Kaiser Justinian in eine zehntägige Zeitfrist verwandelt 154), und nach demselben sollte man auch die zehntägige Nothfrist bey Appellationen in Criminalsachen annehmen. Allein bey einer neuen Gesetzgebung würde ich, um die Sache nicht zu lang aufzuhalten, eine Frist von zweyen Tagen, binnen welche appellirt werden müßte,

jussus est, necessaria persona appellat, an tertia die audiri possit, Paulus dubitat. Sed dicendum est, hanc quoque personam, uti in propria caussa, secunda die appellare debere, quia, qui sua interesse dicit, propriam caussam defendit.

Man vergleiche L. 1. §. 5. 11. seqq. eod. Wurde in fremder Sache appellirt, so hatte dreytägige Nothfrist Statt. L. 3. D. de appell. recip. vel non L. 1. §. 5. et fin.

L. 2. §. 1. D. *quando appelland. sit.* *L.* 6. §. 5. *C. de appellat. et consultat.*

154) *Nov.* 23. *Cap. I. Auth. Hodie C. de appellat. et consultat. L.* 3. *C. de tempor. et reparat. appellat. C.* 13. 15. *X. de sententia* et re *judicata.*

Bayerische Staatsbibliothek München

müßte, statuiren, und zur Einführung derselben einen Zeitraum von zehn Tagen annehmen. Diese Zeitfrist kann von dem Defensor um desto mehr eingehalten werden, da die Materialien zur Fertigung der Beschwerdeschrift bereits in der von ihm gefertigten Vertheidigung liegen, die Nachläßigkeit des Defensors dem Verurtheilten nicht schaden, und der letztere durch Strafen zur Uebergabe des Beschwerdenlibells angehalten werden kann. Ein nichtiges Urtheil müßte aber zu jeder Zeit angefochten werden können.

§. 48.

In Rücksicht der Personen, die appelliren können, ist hier der Verurtheilte der vorzüglichst interessirte Theil. Daß nach dem römischen Rechte die Verwandten und Freunde, ja jeder aus dem Volke für ihn appelliren konnte, ist bereits oben gezeigt worden. Die Hauptfrage besteht aber darin, ob auch gegen ein günstiges Urtheil für den Beklagten von dem öffentlichen Ankläger, oder jedem andern appellirt werden könne. Nach römischem Rechte konnte der Ankläger, der dabey das vorzügliche Interesse hatte, appelliren. Daß das nämliche auch in Deutschland Statt habe, behauptet

von

von Wernher 155), Kleinschrod gibt in seinem Entwurfe in Rücksicht nichtiger Urtheile dem Denuntianten, dem Ankläger, ja jedem aus dem Volke das Recht, das nichtige Urtheil anzufechten, und dem Oberrichter die Befugniß von Amtswegen das nichtige Urtheil zu kassiren 156). Gröning 157) unterscheidet zwischen unbilligem und nichtigem Urtheile, das unbillige Urtheil gehe, in so ferne es günstig für den Beschuldigten sey, sogleich in Rechtskraft über, es sey genug, wenn der Verbrecher gestraft sey, und es liege nichts daran, ob er geringer oder milder bestraft werde, das nichtige Urtheil könne aber ohne Unterschied angefochten und aufgehoben werden. Schieber 158) gibt blos dem Beschuldigten das Recht, das gefällte

155) Wernher select. Obs. Tom. II. p. VI. Obs. 302.

156) a. a. O. Th. II. Kap. 7. §. 2753. Das Recht dies Urtheil anzufechten hat der Angeber, Ankläger und überhaupt ein jeder Unterthan. §. 2754. Auch soll der nächste Oberrichter das Urtheil von Amtswegen abändern.

157) a. a. O. M. s. §. 39. d. A.

158) a. a. O. p. 93.

fällte Urtheil anzugreifen, das mildere dem Inquisiten eröffnete Erkenntniß könne nicht mehr abgeändert werden, denn darauf habe er ein gegründetes und unwiderrufliches Recht. Jedem aus dem Volke, sagt Socher 159) die Befugniß einzuräumen, das Urtheil anzufechten, sey nichts anders, als die Verwaltung der Gerechtigkeit dem bloßen Zufalle auszusetzen; zu harte Urtheile würden von selbst angefochten, daß keine zu gelinde Urtheile gefällt würden, sey selbst Sorge der Regierung. Dagegen antwortet ihm Kleinschrod 160) jedem Unterthan müsse daran liegen, daß die Gesetze beobachtet würden, deßwegen müsse auch jedem Unterthan besonders aber dem Denuntianten und Ankläger die Befugniß, jedes zu milde Urtheil anzufechten, zustehen. Schon lange vorher handelte Kleinschrod 161) in seinem Archive des Criminal=

159) a. a. O. p. 192.

160) Beantwortung der Bemerkungen über den Entwurf eines peinlichen Gesetzbuches in den Materialien zur peinlichen Gesetzgebung in Baiern p. 240.

161) Ueber die Rechtskraft peinlicher Urtheile im Archiv des Criminalrechts. Th. II. St. III. Num. II. p. 20 — 34.

nalrechts die Frage über die Rechtskraft peinlicher Urtheile ab, in welcher er den Satz aufstellt, daß ein dem Angeschuldigten günstiges peinliches Urtheil dann erst die Rechtskraft beschreite, wenn es innerhalb der gesetzlichen Nothfrist nicht angefochten worden sey. Und unter dieser Beschränkung sey das C. 6. X. de accusationibus et inquisitionibus, die L. 45. §. 1. D. de re judicata und die L. 7. D. §. 2. de accusationibus zu verstehen, welche auch ungeachtet der eingetretenen Rechtskraft einem Dritten, den losgesprochenen aufs neue des nämlichen Verbrechens wegen anzuklagen, die Befügniß einräume, wenn er nur sein Interesse verfolge, und darthun könne, daß er von der vorhin von einem anderen angestellten Anklage nichts gewußt habe. In einem besonderen Programm erklärt sich Stübel 162) für das Gegentheil. Das, was das römische Recht bey dem accusatorischen Prozesse verordne, könne keineswegs auf den inquisitorischen

162) Pr. Stübel de vulgari opinione, sententias absolutorias in processu inquisitorio, simul cum eo communicatae sint, in rem judicatam transire e jurisprudentia criminali eliminanda. Wittenb. 1798.

rischen angewendet werden. Im inquisitorischen Prozesse fehle es an den Parteyen, es sey kein Ankläger und blos der Beschuldigte vorhanden. — Allein es liegt dem Staate eben so viel daran, daß der Schuldige verurtheilt werde, als dem Schuldigen daran liegt, daß er gerettet werde. — Zur Vermeidung aller Chicane müsse doch irgend eine Zeit seyn, wo der Angeschuldigte gegen fernere Anklage frey sey. Ganz recht, er muß gegen fernere Anklage und Untersuchung frey seyn, allein dies hindert nicht, daß das gefällte Urtheil als ungerecht angefochten werden könne. — Bey angenommener Rechtskraft müsse man auch Appellation in Criminalsachen annehmen. Dies räume ich Stübel gerne zu, obgleich Kleinschrod zu zeigen sucht, daß es hierbey keines devolutiven Rechtsmittels bedürfe. — Auch ungeachtet eingetretener Rechtskraft habe bey sich ergebenden neuen Anzeigen gegen den Losgesprochenen neue Untersuchung Statt. Aber dessen ungeachtet ist doch die Anfechtung des gefällten Urtheils nicht überflüssig, da bey dieser die Sache nach den nämlichen Acten, bey neuen Anzeigen aber nach neuen Daten geurtheilt, und auf die vorhergehenden keine Rücksicht mehr gemacht wird. — Es könne immer noch eine Civilklage angestellt werden.

den. Allein hier ist nicht von dem Civil, sondern von dem Criminalpuncte die Rede. — Zu jeder Zeit könne die Unschuld des Angeklagten bewiesen werden, es müsse daher auch, da die Rechte gleich seyn müßten, auch der Angeklagte zu jeder Zeit bestraft werden können. Allein die Sache muß doch irgend einmahl ihren Ausgang haben, und deßwegen hat die zehntägige uud zweytägige Nothfrist Statt. — Der Endzweck der Untersuchung sey, daß die Wahrheit eruirt würde, diesem sey aber der Satz entgegen, daß lossprechende Urtheile nicht mehr angefochten werden können. Allein daß sie vor zehntägiger Zeitfrist noch immer angefochten werden könne, behauptet selbst Kleinschrod. Ich glaube, man, müsse in Rücksicht dieses Streites zwischen nichtigen und unbilligen Urtheilen unterscheiden, das unbillige und mildere Urtheil könne innerhalb zehn Tagen, das lossprechende nichtige Urtheil von jedem, den gegen den losgesprochenen votirenden Beysitzer ausgenommen, innerhalb der Verjährungszeit der Verbrechen aber nicht mehr nachher angefochten werden.

§. 49.

Es ist noch die Frage zu beantworten übrig, ob bey eingelegter Berufung von Seite des Be-

klagten das mildere Urtheil in ein härteres umgeschaffen werden könne. Leyser 163) verneinet die Frage, stützt sich hierbey vorzüglich auf die L. 45. §. 1. de re judicata, und behauptet, es sey unbillig, das, was zum Vortheile des Beklagten eingeführt sey, zu dessen Nachtheil anzuwenden. Allein durch die Appellation ist die Rechtskraft aufgehoben, der Beklagte hat daher noch kein Recht auf das gefällte Urtheil, auch in Civilsachen kann ein härteres Urtheil, hiemit auch in Criminalsachen gefället werden; und es muß dem Staate daran liegen, daß der vagen Willkühr des Richters Grenzen gesetzet werden. Am beßten möchte es seyn, wenn ein peinlicher Fiscal ernennt, und demselben die schärfste Instruction gegeben würde, in dergleichen Fällen zu appelliren. Würde dieser oder kein Dritter appelliren, so dürfte das mildere Urtheil, wenn es nicht auffallend gegen die Gesetze wäre, in kein härteres Urtheil umgeschaffen werden 164).

§. 50.

---

163) Med. ad D. Spec. 639. med. 7.

164) Conf. Kleinschrod über die Rechtskraft peinlicher Urtheile §. 7.

§. 50.

Es müssen wenigstens zwey Instanzen seyn, welche auch das preußische Recht, damit die Strafe nicht zu lang verschoben werde, annimmt. Klein 165) glaubt, es sey inconsequent, daß in Criminalsachen, wo es um Leib, Leben, Ehre und Freyheit gehe, nur zwey Instanzen, dagegen in Civilsachen von geringerer Bedeutung drey Instanzen seyen. Er will daher in bürgerlichen Sachen blos auf den Fall, wo verschiedene Urtheile in der ersten und zweyten Instanz eintreten, noch eine dritte Instanz als Ausschlag haben. Dem kann man das einzige entgegen setzen, Civilsachen würden in erster Instanz mehr summarisch und meist von Untergerichten behandelt. Es sey die Collusion des Unterrichters oder der Parteyen mit dem Referenten zu besorgen, und wenn die zweyte Instanz zugleich die letzte Instanz sey, und man kein oberstes Gericht, das der Regel nach immer mit besseren durch lange

165) Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preußischen Staaten. Band 19. p. 203 und 204.

lange Erfahrung und vorhergehende Auszeichnung bekannten und bewährten Männern besetzt sey, als letzte Instanz annehme, so würde von dem obsiegenden Theile alles, um in der zweyten obzusiegen, angewendet werden.

§. 51.

Welchem Gerichte aber die fernere Entscheidung in Criminalsachen zu überlassen sey, daran liegt nichts, wenn nur noch eine Instanz da ist, und die Sache nicht vor dem nämlichen Richter wieder entschieden wird. Die Entscheidung möge nun, was am meisten zu wünschen wäre, einem peinlichen Obertribunale, oder den obersten Landes-Justitzstellen oder den Spruchcollegien überlassen werden. Man nenne das Rechtsmittel gegen peinliche Urtheile Provocation, Appellation oder Revision, man unterwerfe es diesen oder anderen Sollennitäten und Nothfristen, wenn nur dasselbe sich nicht auf bloße Formalitäten selbst einschränkt.

§. 52.

Zum Schlusse will ich noch der Strafen erwähnen, welche das Römische Recht gegen die Richter

verordnet, welche der Berufung in peinlichen Sachen nicht deferiren. Die L. 19. C. de appellat. scheint den Proconsuln, den Comitibus und denjenigen, welche Statt der Präfecten erkennen, eine willkührliche Strafe zu dictiren. Nach der L. 21. C. eod. müssen die ordentlichen Richter, welche der Appellation nicht deferiren, eine Strafe von 30 Pfund Goldes an den Fiscus erlegen, welche Strafe auch der Official erlegen muß, wenn er sich dem Richter nicht standhaft entgegensetzte, und ihn auf die Verordnung der Gesetze zurückwies 166).

§. 33.

Unserem großen Thomasius glückte es, daß er durch seine scharfe Abhandlung 167) die Wuth und Raserey des Hexenbrennens erstickte, obgleich schon vor ihm der Jesuit Friederich Spe diese abscheuliche Barbarey und Grausamkeit mit eben so großem Scharfsinn aber mit geringerem Erfolge zu bestreiten versucht hatte. Daß auch dieß mir in Rücksicht der Appellation

 in

166) Wernher l. c. Cap. II. §. 6.

167) Diff. de crimine magiaa. Halac 1701.

in Criminalsachen nach mehr als einem Jahrhunderte nach Oldekop gelinge, ist einer meiner feurigsten Wünsche. Oldekop ist jetzt wie Spe 178) vergessen, ich fand ihn nicht einmal von Quistorp citirt; durch mich werde das Andenken des Mannes wieder erneuert, und wenn ich das, was er in den Finsternissen seiner Zeit nicht durchsetzen konnte, bey den gegenwärtigen aufgeklärten Zeiten bewirke, so bin ich hinlänglich, wenn auch mein Name vergessen wird, für meine Arbeit belohnet.

---

168) Cautio criminalis de processu contra sagas. Rintel. ad Visurg. 1631.

Bayerische Staatsbibliothek München

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Weber, Georg Michael <<von>>,

Über die Appellation in Criminal-Sachen

Würzburg und Bamberg 1805

Bibl.Mont. 5107
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10726477-7